

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL

TÍTULO DE ABOGADO

“LA FALTA DE AFILIACIÓN AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

COMO INFRACCIÓN PENAL”

JUAN JOSÉ PEÑA MEDINA

DIRECTOR: DR. CRISTIAN ZAMBRANO RUILOVA

QUITO, 2016

Quito, 24 de noviembre de 2015

Señor Dr.

Manuel Jiménez

SECRETARIO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA PUCE

En su despacho.

Señor Secretario:

Doy contestación a su atento Oficio mediante el cual me comunica que he sido designado profesor informante de la Disertación de Abogacía titulada "LA FALTA DE AFILIACIÓN AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COMO INFRACCIÓN PENAL" elaborada por la el señor Juan José Peña Medina y, para ello, me permito presentar el informe requerido.

La Disertación está orientada a analizar lo que el estudiante llama una conducta común en el ámbito social-laboral y su polémica criminalización al considerarla una conducta penalmente relevante.

El tesista dedica el primer capítulo de su trabajo al estudio de los lineamientos y corrientes generales relativas a la criminalización de la falta de afiliación al "Seguro Social". Al concebirlo, bien hace en enfocarlo desde el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales y acudir a los principales instrumentos internacionales que los garantizan. En este capítulo merece especial referencia, el análisis, aunque inicial pero no por ello menos valioso, del denominado Derecho penal del trabajo.

En el capítulo segundo encontramos el núcleo de la investigación y hay que destacar que lo hace con mucho rigor y basado en una reflexión detenida de la teoría del delito y sus elementos. No pierde de vista que la tipificación de la conducta como infracción penal tiene como origen la consulta popular y se pronuncia acertadamente sobre la función legitimadora de la misma.

Por último, al capítulo tercero lo ha denominado "toma de posición" y en él desarrolla un estudio de la legitimidad y compatibilidad de la conducta frente a las corrientes penales y los preceptos constitucionales así como desarrolla las ventajas y desventajas de la criminalización de la falta de afiliación al IESS.

Los argumentos esgrimidos serán motivo de deliberación con el estudiante el día en que deba defender su trabajo.

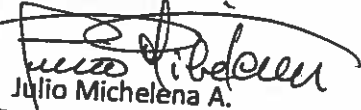
Por lo demás, la bibliografía utilizada es la adecuada.

El alumno ha tenido el cuidado de realizar las citas correspondientes siempre que ha acudido a la opinión de los tratadistas aunque no ha tenido el mismo cuidado en la redacción misma de la

investigación así como en evitar el abuso de las mayúsculas e incurrir en faltas ortográficas y de redacción que, por tratarse de la versión final del trabajo, no deberían presentarse.

En fin, la presente Disertación, cumple con los requisitos que esta clase de trabajos académicos demanda y por lo mismo, es mi parecer que debe ser aprobada con la nota de 9/10.

Atentamente,



Julio Michelena A.

PROFESOR INFORMANTE

Quito, 29 de enero de 2016

Señor Doctor:

Santiago Guarderas Izquierdo

DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA PUCE

En su despacho.-

De mi consideración:

Atento a la designación realizada, en mi calidad de profesor informante de la disertación intitulada *"La falta de afiliación al sistema de seguridad social como infracción penal"*, elaborada por el señor Juan José Peña Medina, una vez que he analizado sus resultados, me permito presentar el informe respecto a esta disertación, en los siguientes términos:

La investigación se propone analizar si la tipificación de la conducta de falta de afiliación de un trabajador al seguro social, cumple los parámetros de necesidad, lesividad, aspectos formales y legitimidad.

Con este fin, en primer momento analiza al derecho a la seguridad social en su contexto normativo, es decir a través de la Constitución, Tratados Internacionales y normas con rango de ley, para después ubicar y construirlo desde el modelo de "Estado Constitucional de Derechos y Justicia", pasando por su ubicación en los derechos sociales y las opiniones de distintos autores.

Después se refiere al "Derecho penal del trabajo" como rama del Derecho Penal, argumentando sobre los bienes jurídicos que serían objeto de tutela para concluir con la necesidad de una protección al trabajo como un derecho económico, social y cultural.

Considero que no existe concordancia entre el punto 1.4 de la tesis que indica "Teorías del delito y principios del derecho penal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano", y el contenido del mismo, pues no se refiere a los distintos esquemas del delito que estarían recogidos en el Código Orgánico Integral Penal, restringiendo su análisis a los principios del Derecho Penal, solo mencionando al finalismo y funcionalismo como corrientes contrapuestas.

En el segundo capítulo se analiza la naturaleza penal de la conducta analizada, refiriéndose en primero momento a existencia o no de legitimidad en la tipificación de esta conducta, al ser sometida a consulta popular, como de hecho resultado en nuestro país, señalando adecuadamente los peligros de utilizar esta pregunta al pueblo como una medida de lo que se ha denominado "populismo penal", haciendo también una importante cronología del camino que recorrió tanto el texto, pero principalmente la regulación de la pena en esta conducta.

Se analiza la Constitución y sobre todo la concepción del "buen vivir" relacionándola con la seguridad social, para lo cual a criterio de este informante, pudo ser no solo normativo ni con el plan del buen vivir, sino también con el aporte de mas autores ecuatorianos, pues esta figura es propia del constitucionalismo andino.

Mas adelante el autor desarrolla la conducta vista desde la política criminal, técnica legislativa y hace un aporte importante al desglosar los elementos de las categorías dogmáticas (sobre todo tipicidad objetiva) relacionadas con esta conducta.

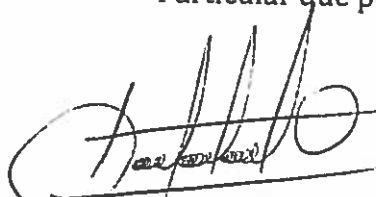
Como resultado de su investigación, en el tercer capítulo el autor toma posición, y críticamente concluye que la existencia de este tipo penal trae una serie de ventajas y desventajas las cuales, a pesar de no ser totalmente demostrables

pues requeriría un estudio más amplio, ni en todas ellas estaría de acuerdo el suscrito, provienen de una reflexión importante y adecuada del estudiante.

Considero que la investigación se ha realizado dentro de los parámetros establecidos por la Universidad, considerando que las conclusiones de la tesis son viables.

Con estos antecedentes, la calificación que consigno respecto a la disertación dirigida es de **9 puntos sobre 10**.

Particular que pongo en su conocimiento para los fines pertinentes.



Nicolás Salas Parra

Docente

*A mis padres, hermanos y amigos;
sin ustedes no hubiese sido posible este triunfo.*

RESUMEN (*ABSTRACT*)

En el presente estudio se analiza la criminalización de la conducta de falta de afiliación al sistema de seguridad social partiendo de la expresión de voluntad soberana realizada en la consulta popular que tuvo lugar en el año 2011, así como la necesidad y legitimidad de recurrir al derecho penal para tratar y sancionar al incumplimiento del deber que tienen los empleadores de afiliar a sus trabajadores. Se examina la relevancia de dicha conducta para ser tratada como una contravención o delito de naturaleza penal, en observancia de las corrientes de mínima intervención y del carácter de *última ratio* de esta rama del derecho, que en principio podrían ser opuestos a la adopción de este tipo de medidas normativas.

Para ello se recurre a la investigación de principios y de las diversas teorías penales que sostienen reconocidos tratadistas a nivel internacional, así como también se examinan varios de los principios del derecho constitucional y de tratados internacionales en materia seguridad social y derechos económicos, sociales y culturales; para lograr justificar o criticar la criminalización de la falta de afiliación. Además, se realiza el estudio de la conducta de acuerdo con la estructura del tipo penal, basándose en el concepto de delito y sus elementos establecidos y destacados por los estudiosos de la teoría general del delito y recogidos en nuestro Código Orgánico Integral Penal, como son la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Mediante este ejercicio, frente a la nueva figura señalada, se encuentran varias ventajas y desventajas que implica la intervención penal, sin dejar de lado la posibilidad de existencia de otras alternativas que podrían responder mejor a algunos de los preceptos y teorías estudiadas.

PALABRAS CLAVES: *carácter de última ratio del derecho penal; Código Orgánico Integral Penal; consulta popular; criminalización; falta de afiliación; legitimidad; mínima intervención del derecho penal; necesidad; seguridad social.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
--------------------------	----------

CAPÍTULO I

LINEAMIENTOS Y CORRIENTES GENERALES RELATIVAS A LA CRIMINALIZACIÓN DE LA FALTA DE AFILIACIÓN AL SEGURO

SOCIAL.....	3
1.1. Vigencia y Protección de los Derechos Económicos Sociales y Culturales.....	3
1.2 Derechos Sociales y Seguridad Social en el Ecuador.....	10
1.3 El Derecho Penal del Trabajo.....	16
1.4 Teorías del Delito y Principios del Derecho Penal en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano.....	19

CAPÍTULO II

NATURALEZA PENAL DE LA CONDUCTA CRIMINALIZADA.....

2.1. Antecedentes: Consulta Popular y su Función de Legitimación de la Infracción Penal.....	31
2.2. Regulaciones y Principios Constitucionales para la Afiliación al IESS y El Régimen del Buen Vivir Como Expectativa Constitucional.....	44
2.3. Naturaleza de la Obligación de Desde la Perspectiva Laboral.....	56
2.4. Política Criminal para Introducir la Falta de Afiliación al Seguro Social Dentro del Catálogo de Delitos.....	57
2.5. Política Penal.....	59
2.6. La Falta de Afiliación Como Delito y Contravención.....	62
2.6.1. La Conducta.....	63
2.6.2. La Tipicidad.....	67
2.6.3. La Antijuricidad.....	74
2.6.4. La Culpabilidad.....	83
2.7. Procedibilidad y Condiciones Objetivas Para la Investigación y el Juzgamiento..	92

CAPÍTULO III

TOMA DE POSICIÓN.....

3.1. Legitimidad y Compatibilidad de la Conducta Frente a Las Corrientes	
--	--

Penales y Ante Los Preceptos Constitucionales y la Planificación Gubernamental; Necesidad de Recurrir al Derecho Penal.....	97
3.2. Ventajas y Desventajas de la Criminalización de la Falta de Afiliación al IESS.....	109
3.3. Conclusiones Finales, Recomendaciones y Alternativas.....	111
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	115

INTRODUCCIÓN

La evolución de las sociedades a lo largo de la historia ha sido la responsable de notorios cambios en el pensamiento de sus habitantes y de la aparición de nuevas regulaciones, corrientes y tendencias jurídicas. Muestra de aquello, es que mediante hechos históricos que se los a tachado de “revoluciones”, o incluso a base de guerras y enfrentamientos, se han plasmado los antecedentes fácticos que generaron la consagración, declaración y reconocimiento de nuevos derechos humanos que ya no tenían que ver únicamente con los más fundamentales y esenciales como la vida, o la libertad individual o en general los derechos civiles y políticos, sino que estos derechos ampliaron su alcance y pasaron a estar efectivamente establecidos en convenios internacionales o en los propios ordenamientos jurídicos de los estados. Así aparecieron derechos de segunda generación que consisten en los derechos económicos, sociales y culturales; todos estos protegidos y promovidos por normativa y mecanismos de garantías, y que inclusive en muchos casos, su violación ha sido materia de intervención del derecho penal.

A propósito de los avances y la evolución de las sociedades en materia de derechos, la ciencia del derecho penal ha tenido que ajustarse a los cambios suscitados, y su manera de hacerlo ha sido a través de la creación de normas que prohíban y castiguen las nuevas figuras delictivas generadas por el reconocimiento y consagración de derechos que a la vez dieron origen a nuevos bienes jurídicos como se lo estudiará más adelante. Pero también, por su parte, el derecho penal ha establecido parámetros y principios generales (muchos de estos provenientes de la norma suprema) encargados de guiar el camino para su justa aplicación y limitar el alcance de su intervención, evitando así cualquier tipo de abusos de los que la historia ha sido testigo.

La Seguridad Social, siendo un derecho social consagrado en la Constitución del Ecuador del cual se desprende la obligación impuesta a todos los empleadores para afiliar a sus trabajadores, cuyo incumplimiento por mucho tiempo ha sido una conducta común en el ámbito social-laboral sin que esto haya acarreado a fuertes sanciones para quienes incurrieran en él. La criminalización para esta conducta se ha convertido en un asunto que

ha causado mucha polémica, pues nació la necesidad de realizar una revisión de los elementos y las circunstancias que llevaron al legislador a considerar que esta es una conducta penalmente relevante; y si para ello, se observaron debidamente las teorías, los principios y corrientes del derecho penal. Así mismo, es pertinente el análisis de la conducta penal criminalizada de conformidad con los elementos del delito, su naturaleza, tipicidad, la antijuridicidad, y lo que compone su culpabilidad convirtiéndola así en una infracción penal.

En virtud de estas inquietudes, se podrá apreciar en el presente trabajo un detenido examen de las premisas expuestas desde distintos puntos de vista, que corroboren y faciliten con la determinación de la necesidad, los aspectos formales, la legitimidad y otros aspectos propios de la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de los empleadores a los trabajadores como infracción penal.

CAPÍTULO I

LINEAMIENTOS Y CORRIENTES GENERALES RELATIVAS A LA CRIMINALIZACIÓN DE LA FALTA DE AFILIACIÓN AL SEGURO SOCIAL

La adopción de un nuevo tipo penal dentro del catálogo de infracciones denominado Código Orgánico Integral Penal (COIP), debe ser una medida tomada por el Estado a través de sus órganos competentes para ello, siempre es estrictamente necesario hacerlo en respuesta a una realidad social.

De igual manera, la adopción del nuevo tipo penal, debe responder a aquellos principios y lineamientos que están consagrados en la normativa constitucional y en los tratados internacionales ratificados por el Estado, al igual que en observancia del resto de la normativa del ordenamiento jurídico que debe ir en armonía con la norma suprema.

Así podemos entender que, al recoger los elementos expuestos, encontramos los lineamientos y corrientes que motivaron la criminalización de la falta de afiliación al IESS y que llevaron a cabo su tipificación en el COIP.

Para poder entender la adopción de esta medida como infracción penal, es necesario primero realizar un acercamiento a la esencia y al significado de algunos preceptos que vendrán a involucrarse como guías y lineamientos de importancia en el camino de la criminalización de la falta de afiliación al Sistema de Seguridad Social por parte de un empleador a su trabajador.

1.1. Vigencia y Protección de los Derechos Económicos Sociales y Culturales

La Declaración Universal de Derechos Humanos consagra a la seguridad social como un derecho humano en su artículo 22:

“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.¹

Este artículo, además de hablar de la salvaguarda de la dignidad humana, también se refiere al “libre desarrollo de la personalidad”, lo cual le da más fuerza e importancia a este derecho.

Ahora, para poner en práctica el goce y ejercicio de este derecho tan consagrado e importante, es necesario la conformación de todo un sistema compuesto de instituciones, regulaciones y sobre todo principios que conlleven a hacerlo efectivo. Por esta razón es que partiendo de tratados internacionales, se ha impuesto una norma mínima para la regulación de la seguridad social. En este punto hay que referirse específicamente al Convenio 102 de la OIT denominado “Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952”, que tuvo lugar el 4 de junio de 1952 en la ciudad de Ginebra. En él se establecen varios puntos en los que la seguridad social debe intervenir y actuar conforme a la contingencia y a las necesidades de la persona que se encuentra en condiciones de auxilio. La convención señala situaciones como: enfermedad, asistencia médica, desempleo, vejez, accidentes de trabajo, enfermedad profesional, maternidad e invalidez, y establece parámetros básicos de protección para las personas que se encuentran en situaciones como las nombradas.²

“La práctica de la seguridad social en el devenir histórico de la sociedad contemporánea, ha originado un conjunto de orientaciones que han inspirado las políticas de seguridad social elaboradas para lograr la prevención y la cobertura

¹ Art. 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, véase en: http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm?gclid=CK_gu76ir0CFUNqOgodDlGafQ ingreso: 11 de marzo del 2014

² Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952, véase en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312247 ingreso: 11 de marzo del 2014

*de los riesgos sociales. Estas orientaciones surgidas de la experiencia de la seguridad social han sido denominadas por la doctrina como principios de la seguridad social.”*³

Estos principios, son fundamentales para poner en práctica el goce y ejercicio del derecho de seguridad social y para ello, es también indispensable la existencia de un sistema que regule el funcionamiento para optimizar el cumplimiento cabal de tan importante derecho.

Con la aparición y el crecimiento de los diferentes organismos de internacionales en especial en la segunda mitad del siglo XX, ha sido sumamente evidente el avance en esta materia. Los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC), ocupan un espacio muy significativo dentro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se los puede encontrar desde el artículo 22 hasta el 27 de dicho instrumento, en donde se consagran derechos como la seguridad social, la libertad e igualdad en el trabajo, la educación y la libertad y diversidad cultural.⁴ Estos derechos también son conocidos como “los derechos de segunda generación” ya que se posicionaron de los derechos civiles y políticos, y su existencia se justifica de la siguiente manera:

*“La razón de ser de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se basa en el hecho de que el pleno respeto a la dignidad del ser humano, a su libertad y a la vigencia de la democracia, solo es posible si existen las condiciones económicas, sociales y culturales que garanticen el desarrollo de esos hombres y esos pueblos.”*⁵

³ Mario Huaman (Secretario General), Joaquín Gutierrez (Secretario de Bienestar Social) CGTP; Douglas Figueroa Silva (Presidente), Augusto Cruzado Zavala (Secretario Nacional de Seguridad Social) CTP; Julio Cesar Bazan (Presidente) Guillermo Onofre Flores (Secretario de Seguridad Social) CUT; Alfredo Lazo Peralta (Secretario General) María Carmen Panduro Yamona (Secretaria de Bienestar Social y Seguridad Social) CATP/ Propuestas de las Centrales Sindicales para la Reforma de la Seguridad Social en el Perú; Lima 2007; Pág. 18, véase en: www.oit.org.pe/spanish/.../oitreg/plataforma_editad_3def.doc, ingreso el 10 de marzo del 2014

⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos

⁵ Derechos de Segunda Generación o Derechos Económicos, Sociales y Culturales; véase en Internet: <http://www.cubaencuentro.com/derechos-humanos/clasificacion-y-caracteristicas/clasificacion/derechos-de-segunda-generacion-o-derechos-economicos-sociales-y-culturales>, visita el 22 de mayo del 2015.

La importancia de estos derechos se ha incrementado ya que su integridad es un claro reflejo del desarrollo de los Estados, por lo que se han suscrito una serie de instrumentos internacionales encargados de su promoción, reconocimiento y protección.

La Convención Interamericana de los Derechos Humanos, por ejemplo, establece en su artículo 21 el compromiso progresivo que tienen los Estados para hacer efectivos los DESC dentro de sus respectivos territorios⁶. La obligatoriedad de esta disposición queda justificada con lo expuesto por la Corte Constitucional ecuatoriana en su dictamen publicado el 1 de junio del año 2009 sobre la constitucionalidad del Convenio Unilateral Iberoamericano de Seguridad Social que en su acápite “V” relativo a la “identificación de las normas constitucionales” dice:

*“Si bien, este no es un tratado, la doctrina preponderante ha establecido en la Opinión Consultiva 10 que la Declaración constituye una fuente de obligación internacional, asumiendo los Estados el compromiso común de respetar los derechos fundamentales y aplicarlos directamente. En lo medular, el artículo 26 CADH prevé este desarrollo progresivo, respetando los contenidos mínimos de los derechos sociales, debiendo los Estados cumplir, de buena fe, los Instrumentos internacionales.”*⁷

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales; en su artículo segundo⁸ se encarga de imponer nuevamente el compromiso de los Estados

⁶ Art. 26 de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos.

⁷ Convenio Dictamen de la Corte Constitucional publicado en el Registro Oficial Suplemente 602 del 1 de junio del 2009.

⁸ Art. 2.- 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en el se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3. Por países en vías de desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía

suscriptores de dicho instrumento para garantizar el ejercicio de los DESC, para lo cual deberán implementar medidas internas como externas con el fin de conseguir este fin. Inclusive, en el artículo 16 del mismo pacto se establece la obligación de presentar ante la Secretaría de las Naciones Unidas, informes en los que se hagan conocer las medidas que se han adoptado para lograr el respeto a los derechos reconocidos⁹.

En cumplimiento de deberes como los expuestos en los instrumentos internacionales citados y en otros instrumentos de derechos humanos, es que se han procedido a adoptar políticas y normativas que velen por la consecución de estos fines relativos a la protección y efectividad de las disposiciones. La aparición de modelos de Estado como el Estado Social de Derecho, ha sido un modo de empaparse de estas políticas y promover los ámbitos relativos a los DESC, tomando así un modelo garantista y protector. Mientras más se perciba la vigencia de esta clase de derechos, mejor se podrá considerar el nivel de capacidad de cada Estado conforme la siguiente afirmación:

“La vigencia de estos derechos se encuentra condicionada a las posibilidades reales de cada país, de allí que la capacidad para lograr la realización de los mismos varía de país a país.”¹⁰

Un Estado Social de Derecho por naturaleza, tiende a adoptar medidas garantistas de los derechos sociales puesto que el goce y ejercicio por parte de los habitantes, es el fin principal. Hernán Salgado al respecto señala:

“...los derechos sociales, económicos y culturales da un contenido real a los demás y permiten su goce efectivo. En este contexto se proclamó el Estado social de derecho, en el sentido de que el gobierno se convierte en un promotor activo

nacional, podrán determinar en que medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales del 16 de diciembre de 1966. Registro Oficial 101 del 24 de enero de 1969.

¹⁰ Derechos de Segunda Generación o Derechos Económicos, Sociales y Culturales, véase en Internet: <http://www.cubaencuentro.com/derechos-humanos/clasificacion-y-caracteristicas/clasificacion/derechos-de-segunda-generacion-o-derechos-economicos-sociales-y-culturales>, visita el 22 de abril del 2015

para crear las condiciones necesarias indispensables que permitan el desarrollo integral del ser humano en sociedad.”¹¹

Al ser el gobierno este “promotor” como lo señala el profesor Salgado, debemos entender que cualquier medida adoptada para efectivizar cualquier derecho social es un acierto del gobierno en el ejercicio de sus funciones y esto justificaría cualquier medio empleado para la garantía del derecho en cuestión.

La ideología en la que se basa la política y la dirección de la Constitución ecuatoriana, responde al garantismo que para el profesor Ramiro Ávila, en el ámbito andino a esta ideología se la puede calificar de “transformadora” puesto que consiste en:

“Se trata, pues, de construir un estado y un derecho diferentes. Los grandes trazos y las pistas para esa construcción los encontramos en el artículo primero de la Constitución, que son un llamado para hacer un salto paradigmático del estado tradicional y neoliberal a un estado realizador del buen vivir, y que caracterizan al constitucionalismo transformador.”¹²

En la construcción a la que se refiere el autor Ramiro Ávila, y de conformidad con los preceptos que conlleva un Estado Social de Derecho, podríamos entender que forma parte de esa obra del Estado, a través del gobierno, hacerse cargo y asegurarse que los derechos consagrados se estén respetando y para ello podrán implementar medidas y regulaciones que incluyan el tratamiento penal para ciertos incumplimientos y violaciones de derechos; esto justamente es lo que caracteriza a las ideologías garantistas. Según Juan Esteban Ponce Villacís, estas ideologías se refieren a conceptos básicos como: constitución, norma, derechos, efectividad, garantías, exigibilidad y democracia.¹³

¹¹ Hernán Salgado Pesantes, Democracia y Participación Política en un Estado Social de Derecho, Nuevos Retos del Constitucionalismo Ecuatoriano: Democracia, Garantías y Derechos, 1ra edición, AED, Quito 2011, Pág. 11

¹² Ramiro Ávila Santamaría, El neoconstitucionalismo transformador, El estado y el derecho en la Constitución 2008, Quito, 2011, Pág. 80

¹³ Juan Esteban Ponce Villacís, El Neoconstitucionalismo en el Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010, Pág. 14

“el garantismo, como técnica de limitación y de disciplina de los poderes públicos dirigida a determinar lo que los mismos no deben y lo que deben decidir, puede muy bien ser considerado el rasgo más característico (no formal, sino) estructural y sustancial de la democracia: las garantías tanto liberales como sociales, expresan en efecto los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes del Estado, los intereses de los débiles respecto a los fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepantes respecto a las mayorías integradas, las razones de los de abajo respecto de las de los de arriba”¹⁴

Ferrajoli al referirse a un concepto jurídico de garantismo, manifiesta:

“...un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos.”¹⁵

Según este enunciado, la potestad punitiva, es decir castigadora es un mecanismo que en esencia puede adoptar el garantismo para conseguir que los derechos sean respetados.

La efectividad, las garantías y la exigibilidad son conceptos que van de la mano y se complementan entre sí, pues la efectividad de un derecho por lo general depende de que este esté garantizado por medio de algún mecanismo y también depende de que su cumplimiento sea estrictamente exigible. Por ello Juan Esteban Ponce Villacís señala lo siguiente:

“El derecho de acción está estrechamente vinculado con el concepto de exigibilidad. Lo importante es que los derechos sean exigibles en caso de violación. Los derechos humanos de ‘libetrad’, ‘propiedad’, ‘seguridad’ y

¹⁴ Luigi Ferrajoli, Derecho y razón, 2ª ed., Madrid, Trotta, 1997, p. 846.

¹⁵ Luigi Ferrajoli, Derecho y razón, 9a ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 852.

‘resistencia a la opresión’ son garantizados de manera tácita cuando no están siendo violados.”¹⁶

Al existir esta posibilidad de accionar para cuando se esté violando un derecho, es un mecanismo que podrá conseguir la efectividad y el goce de los derechos. Los mecanismos para ello se los debe establecer en los ordenamientos jurídicos de los Estados; pueden consistir en las garantías jurisdiccionales o acciones de naturaleza civil, penal, laboral, constitucional o recursos internacionales de ser aplicables y necesarios.

1.2. Derechos Sociales y Seguridad Social en el Ecuador

El siglo XX, trajo en el Ecuador una serie de cambios en materia de derechos y garantías, que se ajustaron a las nuevas tendencias políticas de los estados. El Ecuador venía atravesando la etapa del liberalismo, en la que ya se habían realizado avances interesantes en cuanto a derechos, igualdad abstracta de las personas y políticas del Estado dirigidas a encontrar el mayor bienestar social. Sin embargo fue a partir de masivas protestas y hechos de gran trascendencia como la revolución juliana en 1925, que se empiezan a tomar medidas de mayor peso en el cambio de estructuras, modos y políticas.

Fue así como el Ecuador adoptó una nueva forma de Estado. En 1929 se expidió una nueva Constitución, en la que se denominó al Ecuador como un Estado Social de Derecho, lo que implicaba un cambio de estructuras dirigidas a la búsqueda del bienestar público y la satisfacción de una serie de derechos, ya no solamente de libertad e igualdad, sino de una clase de derechos que iba más allá de meros principios, a estos se les denominó “derechos sociales”, que según el Doctor Julio Cesar Trujillo, consisten en:

“crear o garantizar las efectivas condiciones que permitan el libre ejercicio de los derechos y reconocer a la persona humana la facultad de defender su dignidad siempre que corra peligro de ser avasallada por cualquier forma de

¹⁶ Juan Esteban Ponce Villacís, El Neoconstitucionalismo en el Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010, Pág. 53

poder, sea este el clásico poder político del Estado o sean la riqueza, el influjo social o la ventaja cultural, sobre todo en las relaciones de producción del trabajador con el empleador”¹⁷.

A partir de la adopción de este modelo, se instalaron nuevas maneras de garantizar los derechos, y el Estado toma el papel de defensor de estos, para lo cual fue necesario tomar medidas que anteriormente no se las había considerado.

De acuerdo a lo que aporta el Doctor Julio Cesar Trujillo en la parte citada, se refiere a una protección a la persona humana, no solo frente al posible abuso del poder estatal, sino en las relaciones entre ricos y pobres, o en aquellas en las que las partes se encuentren en desventaja, y es aquí en la que encaja la relación laboral: empleador – trabajador, esta es la que principalmente nos importa en el presente trabajo.

“...el Estado Social es el producto de la presión política de los sectores más desfavorecidos, que a su vez es generada por la ampliación del sufragio y por el ejercicio del derecho de asociación, que permite una acción más eficaz de la clase obrera a través de los sindicatos”¹⁸

Pues de esta manera se concibe el Estado Social, a base de la presión política a la que se refiere Miguel Carbonell, la misma que de acorde a los antecedentes que ya me he referido hablando del Estado Social en el Ecuador, estos serían las manifestaciones previas de 1922 y la misma revolución juliana de 1925.

Los derechos sociales que se obtienen con la instauración de un Estado Social de Derecho, son por lo tanto derechos que se reconocen y se protegen en virtud de aquellos que se encuentran en condiciones socialmente desfavorecidas, los individuos víctimas de la injusticia social, o como lo llama Miguel Carbonell, “el individuo indefenso”, debido a

¹⁷ Julio Cesar Trujillo, Teoría del Estado en el Ecuador, 2da de, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, Quito, 2006, Pág. 107

¹⁸ Miguel Carbonell, Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales, editora jurídica Cevallos, Quito – 2010, Pág. 98

causas biológicas, como los cambios sociales en cuanto a relaciones de dependencia. Por estas razones, es que se deben institucionalizar figuras y métodos que salvaguarden a estos derechos, y es así como interviene el Estado para socorrer los efectos negativos que se desprenden de estos fenómenos sociales.

De esta manera es como se institucionaliza la seguridad social, como un medio de hacer efectivo y proteger a los que necesitan.

“Es obvio que el trabajo constituye la más noble actividad del ser humano siendo su principal patrimonio natural; desde la óptica de la seguridad social, si el hombre entrega su trabajo a la sociedad, a cambio, ésta debe entregarle dignidad para que el hombre viva y se desarrolle plenamente”¹⁹.

Objetivamente hablando, y ajustando esta idea a la realidad jurídica, el trabajador presta sus servicios a un empleador, por lo tanto, quien se beneficia directamente por esta actividad, es quien está obligado por la ley a entregarle “*dignidad*” al trabajador, a través de la seguridad social, para que de esta manera, la balanza se equilibre y sea una relación justa. La remuneración es esa contraprestación que el empleador está obligado a entregar al trabajador para equilibrar la balanza, sin embargo, esta no es suficiente ya que no garantiza la dignidad a la cual nos referimos.

La seguridad social es un derecho que se desprende del Estado Social de Derecho que hemos revisado en el presente capítulo, según Miguel Carbonell:

“La seguridad social, tanto por medio de la asistencia en caso de siniestro o la cobertura de riesgos (accidentes laborales, acceso a medicinas, etcétera), o bien a través de la cobertura de situaciones de la necesidad (vejez, invalidez, etcétera) es una de las claves y de los signos distintivos del Estado social; quizá sea su nota más presente y representativa, pues a pesar de los varios modelos que existen de Estado social y de las diferentes configuraciones que cada uno de ellos

¹⁹ Ángel Guillermo Ruiz Moreno, Nuevo Derecho de la Seguridad Social, Segunda edición, Editorial Porrúa, México – 1997, Pág. 4

puede tener un contexto histórico o geográfico, lo que es obvio es que no puede hablarse de Estado social si no se cuenta con un sistema de seguridad social.”²⁰
“Seguridad social es una expresiva traducción del postulado del Estado social”²¹.

Como lo establece el artículo tercero de la Ley de Seguridad Social, la protección del seguro social debe dirigirse a cubrir económicamente las contingencias que se generen de casos de enfermedad; maternidad; riesgos del trabajo; vejez, muerte, e invalidez, que incluye discapacidad; y, cesantía²².

Por lo tanto, un sistema de seguridad social es necesario e indispensable para hacer efectiva o por lo menos procurar hacerlo, en cuanto a los derechos sociales, entre los que se debe incluir directamente lo referente a salud, educación, alimentación, vivienda, etc. Todos estos aspectos de los derechos sociales engloban lo que es la dignidad de los seres humanos, pues de acorde al autor Ángel Guillermo Ruiz Moreno:

“La seguridad social consiste entonces en proporcionar a cada persona, a lo largo de su existencia, los elementos necesarios para conducirla dignamente, dando lugar a que todos accedan a la educación para desempeñar luego un trabajo socialmente útil y productivo, priorizando el aspecto salubridad y la integridad física del ser humano, garantizando también que éste tenga ingresos

²⁰ Miguel Carbonell, Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales, editora jurídica Cevallos, Quito – 2010, Pág. 103 – 104.

²¹ Ernesto Benda, “El estado social de derecho”m eb VV.AA. Manual de derecho constitucional, Madrid, Marcial Pons, 1996, Pág. 536.

²² Art. 3.- RIESGOS CUBIERTOS.- El Seguro General Obligatorio protegerá a las personadas afiliadas, en las condiciones establecidas en la presente Ley y demás normativa aplicable, de acuerdo a las características de la actividad realizada, en casos de:

a. Enfermedad; b. Maternidad; c. Riesgos del trabajo; d. Vejez, muerte, e invalidez, que incluye discapacidad; y, e. Cesantía. El Seguro Social Campesino ofrecerá prestaciones de salud y, que incluye maternidad, a sus afiliados, y protegerá al Jefe de familia contra las contingencias de vejez, muerte, e invalidez, que incluye discapacidad. Para los efectos del Seguro General Obligatorio, la protección contra la contingencia de discapacidad se cumplirá a través del seguro de invalidez.

*suficientes para quedar cubierto de la indigencia cuando por alguna circunstancia no pueda trabajar”*²³

Como estábamos viendo, a partir de la Constitución de 1929, en el gobierno de Isidro Ayora, el Ecuador adoptó el modelo de Estado Social de Derecho, lo que implicó todo lo que ya hemos revisado, en lo principal, la consolidación de derechos sociales y la implantación indispensable de la seguridad social, la misma que en principio, debe estar estructurada sistemáticamente, institucionalizada y regulada por el Estado a través del ordenamiento jurídico. El mismo Estado debe ser el encargado de, a través del sistema de seguridad social, hacer posible la vida de los ciudadanos con el pleno goce de sus derechos sociales.

En el año 2008, se aprobó por voluntad del pueblo soberano, la Constitución que actualmente nos rige. Como era de suponerse, esta constitución se caracteriza por seguir un modelo garantista, muy ambicioso en sus objetivos y planes.

El artículo 1 de la Constitución de la República, define al Estado ecuatoriano de la siguiente manera:

*“Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.”*²⁴

Como se puede ver, dentro de las características que se establecen en la vigente Constitución, el Estado ecuatoriano además de ser “constitucional de derechos y justicia, también es un Estado social, lo cual implica no desconocer todo lo anteriormente mencionado.

²³ Ángel Guillermo Ruiz Moreno, Nuevo Derecho de la Seguridad Social, Segunda edición, Editorial Porrúa, México – 1997, Pág. 7

²⁴ Constitución de la República del Ecuador.

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales llegaron a ocupar un grande espacio en el ámbito social, pues su importancia fue cada vez mayor conforme su evolución y difusión alrededor del mundo. Cada vez los derechos de los trabajadores, la educación y la integridad cultural han ido tomando un protagonismo convirtiéndose en elementos fundamentales para la autorrealización tanto personal como colectiva; y además han sido estrictamente necesario para el desarrollo efectivo de las sociedades. El problema con el que se han encontrado las sociedades ha sido que muchas de las relaciones económico – sociales se crean y desarrollan en desigualdad de condiciones, lo que a desembocado en abusos y violaciones derechos. Al haberse convertido los DESC en derechos tan esenciales para el desarrollo y bienestar de las personas es que han aparecido regulaciones más estrictas para protegerlos y castigar a quienes hayan infringido. Así aparece el derecho penal económico consistente especialmente en la tipificación de aquellas conductas que básicamente atentan contra el orden económico y financiero del Estado como también el de los individuales en el ejercicio de sus actividades destinadas por lo general a negocios y los sujetos que intervienen en ellos como lo expresa el autor Jaén Vallejo:

“Y, desde luego, la cada vez mayor importancia de las empresas, cuya complejidad es igualmente cada vez mayor, a través de las cuales se llevan a cabo la mayor parte de las actividades económicas, hacen que muchos delitos económicos tengan que ver con las empresas, sus empresarios y sus actividades.”²⁵

De la mano del derecho penal económico, aparece también el derecho penal del trabajo, cuyos elementos son más relacionados a aspectos sociales en las relaciones laborales y las circunstancias perjudiciales que puedan darse en estas.

²⁵ Jaén Vallejo Manuel, Nuevas conductas delictivas: especial referencia al Derecho penal económico, artículo publicado en “Nuevas tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa”, Perú, ARA Editores, 2005, p. 185.

1.3. Derecho Penal del Trabajo

Dentro de las relaciones socio-económicas, aparecen otras figuras que no se ajustan estrictamente a las regulaciones que competen al derecho penal económico pero que son parte del sistema y del entorno. Las relaciones laborales por ejemplo, entran dentro de este marco social y económico, pues se entiende que es una relación jurídica cuyos sujetos se encuentran en desigualdad de condiciones y por lo tanto históricamente han existido una serie de abusos y violaciones de derechos. Así como en los casos estrictamente comerciales y económicos, el derecho penal ha visto necesario emplear una protección en este ámbito tipificando una serie de delitos contra el trabajador, buscando así cumplir con la protección de los derechos estos derechos de tanta importancia como se lo ha revisado antes.

Por derecho penal del trabajo entendemos lo siguiente según la autora Estela Milagros Ferreiró:

*“... aquel que se ocupa de conductas criminales que, sin dejar de afectar, en ciertos casos, a bienes jurídicos colectivos, tiene más acotado el campo de perjudicados directos. Es que ya no se tiene en frente a víctimas iguales, sino a quienes está en situación de vulnerabilidad, por su estado de dependencia y subordinación.”*²⁶

Esta rama del derecho penal, que como se puede ver en el concepto citado, está dirigido principalmente a tipificar delitos que se cometen contra la parte débil de la relación jurídica, toda vez que dentro de una relación laboral, el trabajador se encuentra en “*situación de vulnerabilidad*”; en cambio el empleador es la parte poderosa, investida de autoridad y atribuida para dictar órdenes; por eso la ley le impone obligaciones que las debe cumplir a favor del empleado, tomando así la normativa legal el papel de protectora de la parte débil y vulnerable de la relación jurídica. Cuando los incumplimientos de

²⁶ Estela Milagros Ferreiró, El Derecho Penal del Trabajo, Presidenta de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral (SADL), Pág. 1, véase en internet: http://www.adapt.it/boletinespanol/docs/ar_ferreiros_derecho_penal.pdf, ingreso el 25 de febrero del 2015.

dichas obligaciones son sumamente perjudiciales y afectan a los bienes jurídicos más importantes cuando deben tomarse las medidas más drásticas, lo que en este caso sería recurrir a la aplicación de una normativa más rígida que la laboral, aquí es en donde entraría en acción el derecho penal del trabajo.

La autora Estela Milagros ubica a la relación entre el derecho penal y el derecho laboral como aquella que afecta a los bienes jurídicos “*libertad y garantías de trabajo*” en lo referente al ámbito empresarial²⁷.

Con respecto a los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal del trabajo, encontramos una serie de elementos diversos, como por ejemplo las conductas sobre las que describe el autor Santiago Mir Puig, que considera que afectan a los derechos laborales de los trabajadores y que por su naturaleza se deben proteger penalmente, nos expone tres casos: “*seguridad en el trabajo*”, “*tráfico ilegal de personas*” e “*inmigración clandestina*”.²⁸ Dentro de estas figuras podemos encontrar una serie de bienes jurídicos como: libertad, salud, integridad, garantías laborales en general.

Por su parte, Juan M. Terradillos Basoco, menciona algunos bienes jurídicos relacionados en esta rama como la seguridad en el trabajo, la libertad sindical o el sistema de seguridad social²⁹; este último visto desde la perspectiva del tipo penal establecido en el artículo 307 del Código Penal español, del cual cito a continuación el primer inciso:

²⁷ Estela Milagros Ferreiró, El Derecho Penal del Trabajo, Presidenta de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral (SADL), Pág. 1, véase en internet: http://www.adapt.it/boletinespanol/docs/ar_ferreiros_derecho_penal.pdf, ingreso el 25 de febrero del 2015.: “El mismo Tissembaum, se refería a una conexión entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Penal, haciendo hincapié en el Derecho Penal que afecta al ordenamiento jurídico de la libertad de trabajo y las garantías y la convivencia dentro del proceso económico-industrial y que puede producirse en virtud de disposiciones de la propia legislación del trabajo , que prevén sanciones penales para el caso de incumplimiento de las obligaciones que se consignan en sus respectivos textos, con carácter imperativo y de orden público.”

²⁸ Santiago Mir Puig, Protección Penal de los Derechos de los Trabajadores, editorial IB de f, Buenos Aires, 2009.

²⁹ Juan M. Terradillos Basoco (Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Cádiz), Derecho Penal del Trabajo, Revista Penal, Pág 78, véase en Internet: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/16/16>, ingreso 2 de febrero del 2015.

“1. El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.”³⁰

Este tipo penal se encuentra dentro de los delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social del Código Penal español, es decir, ubican al delito contra el bien jurídico “seguridad social” como una infracción de defraudación económica para con el Estado, equiparándola como un delito de fraude tributario o de malversación de fondos públicos como el peculado.

En el mismo Código Penal, se establece otro tipo penal ubicado, este sí dentro de “los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en el que se podría encontrar abstractamente la conducta atentatoria a la seguridad social por falta de afiliación como lo podremos ver en el primer numeral del artículo 311 que cito a continuación:

“Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses:

1º. Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.”³¹

Con respecto a este artículo, Juan M. Terradillos Basoco dice que dentro de la conductas

³⁰ Artículo 307 del Código Penal de España

³¹ Art. 311 del Código Penal de España

tipificadas, se encuentran las “*condiciones ilegales de trabajo*”³². Podemos notar que la falta de afiliación como delito tratado por el derecho penal del trabajo español ha estado previsto dentro de estas “condiciones ilegales”, sin embargo la conducta de “falta de afiliación” no se la puede encontrar de manera individualizada como la establece en la legislación ecuatoriana.

El derecho penal del trabajo entonces engloba una serie de bienes jurídicos cuyo atentado se origina en la relación laboral. En países como España se ha desarrollado más esta doctrina y su legislación penal ha considerado varios escenarios y conductas. Nuestra legislación penal tipifica un pequeño número de infracciones relacionadas con la relación laboral, dentro de la cual se ha equiparado a la seguridad social. Desde tales perspectivas analizadas, queda clara la necesidad de una protección al trabajo como un derecho económico, social y cultural, la misma podría ejercerse a través de la intromisión del derecho penal en los casos que sean pertinentes y que se justifique de acorde a su naturaleza y a las consideraciones conforme con los principios penales.

1.4. Teorías del Delito y Principios del Derecho Penal en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano

Es fundamental acercarse a algunas teorías y principios que nos brinda la ciencia penal tanto en la legislación como en la doctrina. Para ello toparemos los principios más importantes y que de cierta manera están estrechamente relacionados con la criminalización de la falta de afiliación al IESS por parte de los empleadores a sus trabajadores. Existen principios sustantivos y tendencias del derecho penal que probablemente se vean afectados por algunas medidas que el Estado pueda adoptar, es en estos casos en donde se quiebra la línea y se generan contradicciones en el ordenamiento jurídico.

³² Juan M. Terradillos Basoco (Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Cádiz), Derecho Penal del Trabajo, Revista Penal, Pág 78, véase en Internet: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/16/16>, ingreso 2 de febrero del 2015.

Uno de los principales principios generales del derecho penal, me refiero al principio de legalidad, que a la vez se conecta directamente con los principios de favorabilidad y de irretroactividad. Este principio parte de la doctrina de Beccaria plasmada en su obra “*De los delitos y las Penas*” en el año 1764, el mismo que fue un avance en lo que tendría que ver con la seguridad y certeza jurídica.

El profesor Zaffaroni nos habla de una legalidad formal refiriéndose a que:

“Tanto la conducta, el pragma y la pena como los demás límites de la habilitación punitiva deben establecerse por ley del Congreso Nacional...”³³

Zaffaroni posteriormente se dirige a las leyes en blanco como una posibilidad de que otras normas se encarguen de establecer infracciones y sanciones, situación que según el autor sería válida cuando estas normas emanen del órgano legislativo.

Por otra parte, el autor Álvaro Orlando Pérez Pinzón, refiriéndose al principio de legalidad, sostiene lo siguiente:

“a) A nadie se le puede imputar una conducta como delictiva o contravencional si antes de su acción u omisión no ha sido prevista como tal por el legislador. Es el axioma de la “legalidad criminal”, conocido como nullum crimen sine previa lege penale.

b) A nadie se le puede imponer una sanción que no preceda a la conducta que se le imputa. Es el postulado de la “legalidad penal” denominado nulla poena sine previa lege penale.

c) Nadie puede ser sometido a un procedimiento diverso al preexistente al momento de la realización del comportamiento, que incluya, en esencia, el juez natural, el juicio formal y el respeto pleno de las garantías fijadas en la ley. Es la

³³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Estructura Básica del Derecho Penal. 1ª ed.- Buenos Aires: Ediar, 2009, Pág. 40.

*máxima de la “legalidad procesal” o “garantía jurisdiccional”, a la que también se le dice nemo damnetur nisi per legale iudicium.*³⁴

Estos tres enunciados se puede identificar concretamente el ámbito del principio de legalidad en materia penal. El autor nos habla de, además de la legalidad criminal y legalidad penal, de la legalidad procesal. Entonces tanto la infracción, la sanción y el procedimiento a seguir para el juzgamiento del infractor y la imposición de esa sanción, debe estar previamente tipificado en la ley, de lo contrario no sería válida la imputación de un delito puesto que legalmente este ni siquiera existiría.

El principio de legalidad penal bajo esta misma concepción se encuentra consagrado constitucionalmente en el artículo 132, en el que establece claramente cuáles son las materias que deberán regularse mediante ley:

“Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

*2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.”*³⁵

Esta disposición se complementa con lo que dispone la misma Constitución en el artículo 76 numeral 3, en la que se remite al tercer elemento de la legalidad penal que es el asunto procesal, que en la Constitución se refiere a un “debido proceso”:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o

³⁴ Perez Pinzón, Álvaro Orlando, Introducción al Derecho Penal, 7ª ed. – Bogotá: Editorial Temis, 2009, Pág. 252

³⁵ Art. 132 de la Constitución de la República

de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.”³⁶

En el Código Orgánico Integral Penal, el principio de legalidad está ubicado como un principio netamente procesal según manifiesta el artículo 5 que concuerda con las disposiciones constitucionales citadas. En este artículo se habla de los mismos elementos, con la particularidad de que se prevé la posibilidad de una norma en blanco al decir que la legalidad rige incluso cuando la ley se remita a otras normas o disposiciones, por lo que, a diferencia de lo que señala el profesor Zaffaroni, en nuestra legislación queda invalidada la posibilidad de que rija una norma en blanco así esta emane del mismo poder legislativo.

Por otra parte, Zaffaroni se refiere al principio de irretroactividad de la ley penal como un elemento más del principio de legalidad, remitiéndose a normas del derecho argentino:

“La ley penal (así como la procesal penal) no puede aplicarse retroactivamente cuando sea gravosa (art. 18 CN; art. 9 CADH; art. 11.2 DU). Es retroactiva la ley penal más benigna comparando la situación particular de cada persona en relación con ambas leyes. No se puede crear una tercera ley mezclando las disposiciones de las que se comparan. Si hubiese habido una o más leyes, se aplica la que sea más benigna entre todas.”³⁷

De conformidad con lo que señala Zaffaroni, la retroactividad o irretroactividad de la ley penal depende de la situación en particular, es decir, no existe unanimidad de irretroactividad puesto que hay excepciones a esta. La excepción naturalmente parte del principio de favorabilidad, ya que, como lo exponen Zaffaroni y el autor Pérez Pinzón, en

³⁶ Art. 76 de la Constitución de la República

³⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Estructura Básica del Derecho Penal. 1ª ed.- Buenos Aires: Ediar, 2009, Pág. 41.

aquellos casos en que para aplicarla debe beneficiar al procesado o condenado aplicándola retroactivamente o irretroactivamente.³⁸

Para terminar con lo que implica el principio de legalidad en materia penal, cabe tomar en cuenta lo que el profesor Zaffaroni incluye como otro elemento del principio de legalidad. El autor nos habla del “respeto histórico al ámbito de lo prohibido” refiriéndose a este de la siguiente manera:

*“Cuando el ámbito de lo prohibido se amplía de modo insólito debido a cambios legislativos o tecnológicos, en especial en los casos en que pasan a ser conductas cotidianas, la prohibición pierde toda racionalidad y, en definitiva, se termina prohibiendo por omisión legislativa. En tal situación, el derecho penal debe mantener la prohibición en sus límites históricos.”*³⁹

Este es un aspecto que en lo relativo a la afiliación al seguro social, puede tener una directa relación como se analizará más adelante.

El principio de razonabilidad, como lo explica el profesor Pérez Pinzón, tiene relación con lo que para Zaffaroni expone como el “respeto histórico de lo prohibido” desde el punto de vista que para adoptar las medidas correspondientes a cada caso en particular, se debe observar a la realidad social y a los valores basadas en la experiencia histórica “individual y social”.⁴⁰

Otro principio que es importante tomarlo en cuenta, es el que el profesor Luigi Ferrajoli lo señala como “principios de necesidad y de lesividad” que en su conjunto forman la “economía del derecho penal y lesividad del resultado”. Para Ferrajoli estos principios marcan los límites en cuanto a las penas relacionada con la gravedad de los hechos, y

³⁸ Pérez Pinzón, Álvaro Orlando, Introducción al Derecho Penal, 7ª ed. – Bogotá: Editorial Temis, 2009, Pág. 324

³⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Estructura Básica del Derecho Penal. 1ª ed.- Buenos Aires: Ediar, 2009, Pág. 43.

⁴⁰ Pérez Pinzón, Álvaro Orlando, Introducción al Derecho Penal, 7ª ed. – Bogotá: Editorial Temis, 2009, Pág. 295

también de las prohibiciones. El autor explica que el primer límite consiste en la imposición de penas mínimas y también en la configuración de los delitos en su cantidad más pequeña.⁴¹

Para el autor existe una segunda limitación en lo que tiene que ver con la necesidad penal que consiste en la protección de los bienes jurídicos fundamentales, cuya garantía no sea posible hacerlo a través de otros medios.⁴²

A propósito del principio de lesividad del resultado, Pérez Pinzón explica:

*“...que exclusivamente sea delictiva aquella conducta que en realidad cause un daño a un bien jurídico, materialmente hablando.”*⁴³

En concreto, lo que nos quieren explicar estos enunciados, es que el tratamiento penal para conductas determinadas, debe ser bastante estricto en el sentido de identificar cuáles son las acciones y omisiones que realmente merecen ser consideradas como infracciones penales y por consiguiente imponer una pena. Para esto, no debe existir otra medida más leve que pueda regular y ser proporcional a la comisión de tales infracciones, puesto que el daño que causa al bien jurídico es sumamente grave.

Cabe mencionar también lo relativo al principio de proporcionalidad o como lo llama el profesor Pérez Pinzón, “prohibición del exceso”, de conformidad con lo que dispone el artículo 76 numeral 6 de nuestra Carta Magna.

Hay otro principio y corriente penal de suma importancia por el papel que toma frente a la presente problemática. Estoy refiriéndome al principio de intervención mínima del derecho penal, lo que responde a una política de derecho penal mínimo o también se

⁴¹ Luigi Ferrajoli, Derecho y razón, 9a ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 465.

⁴² Luigi Ferrajoli, Derecho y razón, 9a ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 466.

⁴³ Pérez Pinzón, Álvaro Orlando, Introducción al Derecho Penal, 7ª ed. – Bogotá: Editorial Temis, 2009, Pág. 115.

puede entender como “ultima ratio” del derecho penal. Estos principios también están relacionados o interconectados con los principios de necesidad, lesividad y economía del derecho penal puesto que en su conjunto todos se dirigen hacia un mismo fin.

Como bien lo explica Ferrajoli, la adopción de un derecho penal mínimo, es una característica que contienen los estados de derecho, que pretenden garantizar los derechos a través de la ley, fijando conductas y condiciones judiciales para que a una persona se le pueda aplicar el poder punitivo del Estado mediante la imposición de una pena previamente establecida en la ley y siguiendo de igual manera un procedimiento en el que se incluyen las garantías que protegen los derechos de los imputados. Todo esto a diferencia de lo que Ferrajoli describe como el otro extremo, un modelo de derecho penal máximo, propio de los regímenes autoritarios o absolutistas en donde el Estado castiga a quien quiere cuando y como quiere.⁴⁴

Según los lineamientos ya analizados del Estado ecuatoriano, un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que entre varias de sus características está la de Estado Social, que sin duda adopta un modelo garantista, de igualdad y de protección; es evidente que se incluye en el modelo de derecho penal mínimo que expone el Ferrajoli.

El Doctor Alfonso Zambrano Pasquel al respecto manifiesta:

“La consolidación de un Estado Constitucional de derechos y justicia (art. 1 de la Constitución vigente) y el respeto a las garantías del Derecho al debido proceso, demandan la implantación de un modelo acusatorio oral en que se cumpla realmente con el principio de oportunidad y de mínima intervención penal, establecidos en el art. 195 de la Constitución Política del Ecuador del 2008. Desde las propuestas de un Derecho Penal liberal y democrático, venimos sosteniendo la necesidad de que el sistema penal funcione como un mecanismo de contención del ejercicio abusivo del poder punitivo por parte del Estado y sus agencias de control (E.R. Zaffaroni), que hay que buscar la implantación de un

⁴⁴ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, 9a ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 104.

Derecho penal mínimo o de última ratio (L. Ferrajoli), o de extrema ratio (J. Bustos), y que hay que evitar que los procesos de criminalización sigan siendo estratificados, selectivos y clasistas (A. Baratta). Se busca en definitiva evitar la criminalización de la pobreza (E. Carranza). ”⁴⁵

El modelo de derecho penal mínimo en el Ecuador, como bien lo señala el Doctor Alfonso Zambrano Pasquel, se encuentra plasmado en el artículo 195 de la Constitución que dispone lo siguiente:

“Art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley. ”⁴⁶

A esta disposición se deben sumar todas las garantías y derechos que consagra la Constitución ya sea para el debido proceso o las garantías jurisdiccionales y demás reconocidas.

El profesor Pérez Pinzón se refiere a las corrientes de derecho penal mínimo como aquellas que “*buscan la máxima reducción de la intervención penal*” de cualquier forma

⁴⁵ Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, Principio de oportunidad y mínima intervención penal, Última actualización: viernes 08 de noviembre del 2013 | 15:18, Véase en: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2013/10/21/principio-de-oportunidad-y-minima-intervencion-penal>, Ingreso: 4 de abril del 2014

⁴⁶ Art. 195 de la Constitución de la República

en la que esta pueda actuar. Para ello, el autor expone tres condiciones a las que apunta el derecho penal mínimo que son:

“- En primer lugar, a la “disminución cuantitativa y cualitativa” del catálogo de conductas punibles, suprimiendo aquellas definiciones que no sean gravemente lesivas de la sociedad y tipificando solo los comportamientos que en verdad causan hondo daño social.

- En segundo lugar, a la efectiva “materialización” o “sustancialización” de todos los derechos y garantías que asisten a las partes dentro del proceso penal, especialmente al indiciado, imputado, acusado o condenado, es decir, persigue el cumplimiento “real” de dichos derechos y garantías.

- Y, por último, a la “evitación” de aquellos mecanismos represivos y punitivos que se adoptan social y culturalmente, por fuera de las regulaciones oficiales, y que en cuanto a sus respuestas y sanciones son más cruentos que estas”⁴⁷

La disminución del catálogo de delitos implica que las conductas que no sean estrictamente necesarias tratarlas penalmente, no se las tipifique como infracciones penales, lo que vendría a ser una medida garantista.

El carácter de última ratio del derecho penal como lo expone el autor Pérez Pinzón consiste en:

“Quiere decir que la actuación del derecho penal procede únicamente cuando sea indispensable. A esta clase de derecho se debe acudir exclusivamente si fallan los demás mecanismos de control social formal o informal; como quien dice, su puesto es el de instancia o escala final en la búsqueda de solución de los conflictos sociales.”⁴⁸

⁴⁷ Pérez Pinzón, Álvaro Orlando, Introducción al Derecho Penal, 7ª ed. – Bogotá: Editorial Temis, 2009, Pág. 346 y 347.

⁴⁸ Pérez Pinzón, Álvaro Orlando, Introducción al Derecho Penal, 7ª ed. – Bogotá: Editorial Temis, 2009, Pág. 348

De acorde al derecho penal mínimo y su carácter de última ratio entonces, para llegar a aplicar la herramienta del derecho penal, se deben haber agotado todas las medidas y estrategias que estén al alcance del Estado para evitar las conductas sociales que atentan contra los bienes jurídicos considerados de gran importancia. Sólo una vez que se haya intentado todo y que no se hayan conseguido resultados positivos, sería correcto recurrir al derecho penal.

Por otra parte, refiriéndose al principio de “mínima intervención o de no intervención del derecho penal”, el autor Pérez Pinzón, citando al jurista Francisco Muñoz Conde manifiesta:

*“El derecho penal solamente debe inmiscuirse en la vida ciudadana en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos de mayor trascendencia, pues las ofensas menores y los bienes menos importantes son objeto de trabajo de otras ramas del ordenamiento”.*⁴⁹

Esto concuerda con lo antedicho sobre el carácter de última ratio del derecho penal, puesto que a través de las otras ramas del ordenamiento jurídico el Estado puede aplicar medidas no penales para castigar las conductas cuya violación a bienes jurídicos no sea demasiado grave y para proteger los derechos vulnerados. Por su parte, en la ley se consagra expresamente este principio y doctrina de conformidad con el artículo tercero del COIP.

A través de todos estos principios, se llega a la adopción y la teoría que recoge la Constitución con el derecho penal mínimo, pero que de acorde con las demás tendencias e ideales constitucionales, se han aplicado o se podrán aplicar en un futuro medidas que son incongruentes con esta doctrina y que se pueden llegar a contradecir entre sí, a pesar de partir de un mismo punto que en este caso se puede considerar el “garantismo”.

⁴⁹ Pérez Pinzón, Álvaro Orlando, Introducción al Derecho Penal, 7ª ed. – Bogotá: Editorial Temis, 2009, Pág. 349.

Las corrientes funcionalistas y finalistas del derecho penal fueron también muy acogidas en la elaboración del COIP y se pueden ver plasmadas en muchas de las regulaciones generales y tipos particulares del código, a pesar de ser estas dos doctrinariamente contrapuestas.

Por un lado, entendemos al funcionalismo del derecho penal según lo elaborado por Günter Jakobs, como la persecución de la protección de la integridad y del correcto funcionamiento del sistema social:

*“Según Jakobs lo que interesa es la defraudación de las expectativas y no la violación de bienes jurídicos...” “El universo de los conceptos jurídicos penales tiene que ajustarse a la función social del derecho penal y no a fenómenos naturales o de otros modos ajenos a lo social. La puesta en peligro y la lesión efectiva de bienes jurídicos le es indiferente al derecho penal, pues son cuestiones que afectan al orden físico o natural y el derecho penal pertenecer al orden social”.*⁵⁰

A diferencia de la doctrina en general del derecho penal, o del mismo funcionalismo predicado por Claus Roxín, Jakobs rompe el esquema al centrar la atención del derecho en el correcto funcionamiento del sistema social, dejando a parte la protección al bien jurídico vulnerado por la acción. Con esta idea podríamos concluir que no es objetivamente necesario que se produzca un daño para que una conducta deba ser tratada penalmente, pues la intervención del derecho no depende de aquel presupuesto sino de la afectación que se produce al orden social con la acción u omisión. Sin embargo, creo este razonamiento podría caer en una falsa dicotomía puesto que toda acción que vulnera a un bien jurídico, de una u otra manera atentará también al orden y al sistema social.

⁵⁰ Edmundo René Boderó, El Post – Finalismo, Sublimación de la Política Criminal y el Control Social; véase en Internet: http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&sqi=2&ved=0CDAQFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.alfonsozambrano.com%2Fdoctrina_penal%2Fpostfinalismo.doc&ei=dEX3VKn pEMyyggSJgYK4Bg&usg=AFQjCNGorU-NLP-Pjh7PxUQbvU7cmFt7nw&sig2=sGARItbHxEdTCpcvUYJw-g&bvm=bv.87519884,d.eXY, visita el 15 de marzo del 2015.

En cuanto al finalismo, cabe señalar que esta corriente parte de la observancia de las funciones y los fines principales del derecho penal, como lo expone Luis García Martín:

“...el método del finalismo consiste básicamente en que a partir de la contemplación de la función y de los fines del Derecho penal, procede a identificar los fenómenos reales que interesan al Derecho penal, para analizarlos en sus estructuras y sintetizar después los resultados del análisis, y todo ello con el fin de conocer el fenómeno en su unidad y en su realidad para poder fundirlo con los valores jurídicos correspondientes”. 51

En efecto, debemos entender que la finalidad del derecho penal es el evitar las consecuencias del tipo penal haciendo que las personas no actúen o actúen de determinada manera⁵², para lo que se utiliza la coacción y la coerción de la pena contenida en la norma penal. De esta manera lo que se espera es que se respete el derecho y que por lo tanto no se cometan las infracciones tipificadas en la respectiva ley penal.

Todas estas teorías y corrientes del derecho penal, mencionadas en el presente capítulo y reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico, son las que se encargan de trazar la línea y el marco en el que se basará el derecho penal a la hora de actuar en todas sus etapas, desde la criminalización de una determinada conducta, hasta la ejecución del de la pena prevista para el delito que haya sido cometido.

⁵¹ Luis García Martín, Fundamentos del Sistema del Derecho Penal, Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2011, Pág. .86.

⁵² Véase Armin Kaufmann, Normentheorie, pp. 160 ss; véase Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, p. 352 [= Obras completas, t. II. p. 105].

CAPÍTULO II

NATURALEZA PENAL DE LA CONDUCTA CRIMINALIZADA

Se han analizado algunas razones que dieron origen a las tendencias políticas, sociales y jurídicas en materia de derechos humanos y sociales, lo cual ha conllevado al reconocimiento de una serie de derechos como lo es el de la seguridad social; de esta se podría justificar la existencia de una obligación jurídica de protección que tiene el Estado frente a todos sus habitantes.

De acorde a lo dispuesto en el Código Orgánico Integral Penal, la conducta humana social criminalizada es la que tiene del empleador que no afilia al IESS a su empleado, lo cual tipifica en una contravención penal y en un delito en el caso de ser persona jurídica. Por esta razón cabe darle el debido análisis a la conducta en cuestión, desde los diferentes puntos que parten de la teoría del delito y sus elementos, para así poder definir la naturaleza del tipo penal de la conducta criminalizada y el modo en el que esta llegó a establecerse como una conducta penalmente relevante.

2.1. Antecedentes, Consulta Popular y su Función de Legitimación de la Infracción Penal

Toda la reseña histórica y el análisis del Estado social y los derechos sociales, y de las tendencias que se han mantenido y se han aumentado en la actualidad, son un antecedente determinante en lo que ha sucedido el 7 de mayo del 2011, con la aprobación de la criminalización para la conducta de falta de afiliación al seguro social. La propuesta del

Presidente de la República fue popularmente aceptada, ya que ganó el “SI” en la décima pregunta, que estaba formulada de esta manera:

“¿Está usted de acuerdo con que la Asamblea Nacional, sin dilaciones dentro del plazo establecido en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, a partir de la publicación de los resultados del plebiscito, tipifique como infracción penal la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de los trabajadores en relación de dependencia?”

Una vez que se aprobó esta pregunta con la mayoría de los votos de la ciudadanía, se criminalizó esta conducta de los empleadores frente a sus trabajadores en relación de dependencia que no son afiliados al IESS. Es evidente que el objetivo del Estado social, en este caso, fue mediante la tipificación como infracción penal de la no afiliación al IESS, es específicamente garantizar que los trabajadores, en su calidad vulnerable, desprotegida, indefensa, etc., gocen de la seguridad social a la que todos tenemos derecho.

Dentro del antecedente de la consulta popular, cabe realizar el siguiente análisis referente a la legitimidad que trae esta figura de elección popular frente medidas normativas que tipifican una infracción penal. Para analizar a la legitimidad de las medidas adoptadas por el Estado a través de sus representantes, es pertinente observar y valorar el procedimiento que se siguió para que finalmente se plantee un tratamiento penal para sancionar la falta de afiliación al sistema de seguridad social. La estricta legalidad de estas medidas se consiguió a través de la aprobación y promulgación del COIP el 10 de febrero del 2014, en el que se creó la contravención penal de falta de afiliación al IESS y el delito por la misma causa para cuando se trate de las personas jurídicas; como efecto, el tipo penal surgió bajo los correspondientes presupuestos constitucionales y legales, con lo cual la legalidad de tales medidas quedaría subsanada desde este punto de vista, en virtud de que la legalidad se limita a responder a la ley.

Pero hay que tomar en cuenta que la legitimidad rebasa el alcance de la legalidad, apelando a un plano más subjetivo y abstracto que tiene cercana relación con la realidad social y con la misma justicia. Evidentemente existe la posibilidad de encontrar instituciones, normas y medidas legales que no se ajustan a esta dimensión de legitimidad y que por lo tanto no deberían ser tomadas en cuenta a la hora de ser aplicadas, sin embargo con el transcurso del tiempo estas también podrían poco a poco ser aceptadas en la sociedad y aplicadas efectivamente. Todo esto también basándonos en un plano general de la legitimidad de la manera que la expone Guillermo Cabanellas:

“Legalidad o conformidad con la ley, la justicia, la razón o las reglas establecidas.”⁵³

Bajo estos preceptos es importante mirar a la falta de afiliación al IESS como infracción penal, toda vez que su legalidad ya ha sido elaborada de la manera establecida, pero su legitimidad, que como lo señalé, podría ser subsanada a medida que transcurra el tiempo y su aplicación vaya obteniendo aprobación social, por otro lado también podría verse atentada. Para este fin será fundamental revisar algunos elementos importantes como es el de la técnica legislativa que se implementó, y antes de eso, revisar las fortalezas y las debilidades que puede tener una consulta popular como la elaborada en el año 2011, a la hora de legitimar o deslegitimar una medida normativa en general; y específicamente a la falta de afiliación al seguro social.

La consulta popular es un mecanismo electoral reconocido en la Constitución, cuya finalidad es que a través de una vía democrática del voto popular y en virtud de los principios y derechos de participación, se aprueben o desechen propuestas normativas, enmiendas o reformas constitucionales y otras que especifica la Constitución.

El profesor Hernán Salgado, al realizar una retrospectiva de la consulta popular, expone:

⁵³ Cabanellas de Torres Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental – 19ª. ed. – Buenos Aires – Heliasta, 2008, Pág. 222.

“Las constituciones que se elaboraron a partir de 1945 consagraron expresamente el referéndum o plebiscito como un mecanismo de democracia semidirecta, así: la Constitución japonesa del 1946, la italiana de 1947, la de Alemania Federal de 1949 y la francesa de 1958. Posteriormente, la mayoría de los Estados –incluidos los latinoamericanos- han llevado a sus constituciones algunos de estos procedimientos que podemos llamarles de consulta popular.”⁵⁴

De esta manera podemos ver que este mecanismo es propio de los Estados que se manejan bajo un modelo democrático que a partir de la postguerra implementaron la consulta popular como una vía que garantice y haga efectivo el pilar fundamental de sus sistemas que naturalmente es el del poder soberano y los derechos de participación.

La consulta popular realizada en el año 2011, que en su décima pregunta planteaba al pueblo la toma de decisión sobre la tipificación como infracción penal para la falta de afiliación al seguro social por parte de los empleadores a sus trabajadores en relación de dependencia, fue una iniciativa del Presidente de la República, en uso de su atribución de disponer al Consejo Nacional Electoral que convoque a consulta popular, de conformidad con al artículo 104 de la Constitución y 195 del Código de la Democracia.⁵⁵

Según la Constitución, el Presidente podrá realizar la consulta sobre cualquier asunto que estime conveniente, lo cual le deja una brecha demasiado amplia para que el mandatario pueda hacer uso de este mecanismo, tanto para los casos que por su naturaleza y suma urgencia realmente amerite una consulta popular, como también pueda hacer mal uso de esta utilizándola con objeto político, como estrategia gubernamental, dirigiéndolo a intereses particulares y disfrazando su contenido con elementos de discusión popular, desvirtuando así su verdadera esencia que es el de invitar a decidir al pueblo sobre asuntos de verdadera importancia; en fin, el hecho de que la disposición constitucional deje una brecha tan amplia para que el presidente utilice esta atribución, se presta para

⁵⁴ Hernán Salgado Pesantes, *Democracia y Participación Política en un Estado Social de Derecho, Nuevos Retos del Constitucionalismo Ecuatoriano: Democracia, Garantías y Derechos*, 1ra edición, AED, Quito – 2011, Pág. 15

⁵⁵ Art. 104 de la Constitución de la República.

cualquier tipo de desviación o abuso de poder. El único filtro que impone la Constitución está en el inciso final del artículo 104, en el que se establece el requisito para que se de la consulta popular consiste en el dictamen de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de las preguntas propuestas.⁵⁶

Desde una perspectiva general, la legitimación de una medida adoptada a través de una consulta popular dentro de un sistema democrático, se debería dar al momento de la misma aprobación por la mayoría del pueblo soberano. Justamente el elemento esencial que se encargaría en este caso de legitimar la medida es la voluntad soberana. De esta manera la aprobación popular de la tipificación penal de la falta de afiliación al seguro social se entendería legitimada, sin lugar a dudas. Pero existen circunstancias que convertirían a esa legitimación en algo cuestionable, como lo podría ser un vicio en el consentimiento del pueblo, o el uso de una “campana sucia” previo a la consulta.

Para Hernán Salgado existe especialmente un aspecto favorable en la realización de una consulta popular que consiste en:

*“Entre las ventajas podrían señalarse aquellas de ser un instrumento de corrección a la debilidad del gobierno representativo, la cual consiste en que se crea un distanciamiento entre el pueblo y sus gobernantes a medida que estos se alejan del mandato recibido. La consulta popular -bien orientada- puede, también, corregir los desacuerdos que ocurran entre el Legislativo y el Ejecutivo, asumiendo el pueblo un papel de árbitro”.*⁵⁷

Esta visión es clara y por lo tanto legitimadora de lo que se decida en la consulta, siempre y cuando el pueblo, al asumir su *papel de árbitro*, lo haga con la libertad y el conocimiento pleno de lo que se está decidiendo. De esta manera se concilia el criterio del Ejecutivo y del Legislativo ya que estos no son mas que representantes delegados por

⁵⁶ Inciso sexto del artículo 104 de la Constitución de la República.

⁵⁷ Hernán Salgado Pesantes, Democracia y Participación Política en un Estado Social de Derecho, Nuevos Retos del Constitucionalismo Ecuatoriano: Democracia, Garantías y Derechos, 1ra edición, AED, Quito – 2011, Pág. 15 – 16.

el pueblo, quien democráticamente se encargará de declarar su voluntad en la consulta para que sus representantes no se encarguen de otra cosa mas que de ejecutar dicha voluntad.

Entonces, en una primera perspectiva, se puede concluir que el tratamiento penal para la falta de afiliación al IESS sería totalmente legitimado siempre y cuando dentro de la consulta popular de la que surgió esta medida, se haya realizado bajo los presupuestos expuestos; en palabras de Hernán Salgado, esta consulta debió haber sido “*bien orientada*”.

El problema de la legitimación de las medidas adoptadas a través de una consulta popular, se deben a algunos aspectos que ya los he nombrado previamente, que atentarían contra los elementos señalados antes, los mismos que se encargan de conducir una consulta bien orientada. El principal aspecto desfavorable, es el que el profesor Salgado lo expone como inconvenientes de la consulta:

*“Los inconvenientes estarían dados por la falta de madurez cívica y de cultura política. Si la mayoría de los ciudadanos están mal informados o son poco ilustrados, el poder podrá manipularlos e influenciarlos. Podría darse entonces los casos de apatía o indiferentismo político, lo que se traduciría en un abstencionismo al momento de realizar una consulta popular. En suma, es indispensable desarrollar en la comunidad un grado de cultura política necesaria para que el pueblo tome directamente las riendas de su soberanía.”*⁵⁸

Justamente esta manipulación e influencia que emana del poder político y se aprovecha de la desinformación o mala información que invade a la sociedad y que también se beneficia de la falta de conocimiento popular, lo que el autor se refiere como “*falta de madurez cívica y cultura política*”, es la principal causa por la que una medida adoptada mediante consulta popular, no sea claramente legitimada, pues existiría un vicio en la

⁵⁸ Hernán Salgado Pesantes, Democracia y Participación Política en un Estado Social de Derecho, Nuevos Retos del Constitucionalismo Ecuatoriano: Democracia, Garantías y Derechos, 1ra edición, AED, Quito – 2011, Pág. 16.

voluntad popular puesto que los electores estarían desinformados, mal informados o simplemente ignorarían el tema sobre el cual se van a pronunciar, cuestión que atentaría de alguna manera a la libertad de cada persona; sobre todo existiría una deslegitimación si los electores que comparecen al sufragio bajo las circunstancias señaladas, constituyen un número considerable dentro de la totalidad del registro electoral. El inconveniente práctico para mostrar el vicio en la voluntad es causado por la forma en la que de acorde al código de la democracia se concibe a la voluntad del acto jurídico electoral, pues el Doctor Jorge Moreno Yanes lo expone de la siguiente manera:

“La voluntad, como producción del acto jurídico electoral, debe ser libremente manifestada; pero esta voluntad la expresa el cuerpo electoral en relación directa a la designación de una o varias personas para ocupar el cargo electivo de manera que, en función a los sistemas electorales que se consagren en el marco jurídico, esta voluntad será válida si se trata de una mayoría absoluta, relativa o de representación proporcional. Si estos se cumplen en función a los sistemas electorales previstos, se podría decir que la voluntad general en el acto jurídico electoral es válida.”⁵⁹

Entonces según el sistema electoral, la voluntad se entiende libre y comprobada únicamente con la mayoría absoluta, relativa o de representación proporcional según corresponda al caso, pero se deja de lado las circunstancias que podrían viciar a esa voluntad a pesar de ser mayoritaria. De esta manera podemos identificar un problema en el sistema electoral, el mismo que consiste en que la voluntad se valida por la cantidad y no por la calidad del voto (entiéndase calidad como el conocimiento del tema sobre el cual cada miembro del registro electoral se pronuncia a través de su voto).

En el caso de la consulta popular realizada en el año 2011, la situación antes mencionada pudo haber estado presente, sobre todo al tratarse de las cinco primeras preguntas que formaban parte del referéndum, en las que se planteaba al pueblo que decida sobre una

⁵⁹ Jorge Moreno Yanes, Elementos de Derecho Electoral Ecuatoriano, Tribunal Contencioso Electoral, Primera Edición, Quito – 2010, Pág. 176.

serie de reformas y propuestas cuyo contenido estaba cargado de aspectos bastante técnicos y que para el claro entendimiento se requería un conocimiento y una preparación por lo menos mediana en los temas que se proponían y se discutían. Sin duda no era materia de pleno conocimiento popular, por lo que muchos se guiaron en el discurso favorable a las propuestas que mantenía el Presidente de la República, a propósito de su amplia y mayoritaria popularidad nacional demostrada en las anteriores contiendas electorales y el aprovechamiento de su plataforma política y manejo de medios de comunicación que evidentemente fue un aspecto muy importante a su favor. De esta manera se aprobaron las diez preguntas planteadas en la consulta, dejando así en tela de duda la posible ilegitimidad, teóricamente hablando, de las medidas adoptadas, incluyendo a la tipificación como infracción penal de la falta de afiliación al IESS.

Por otra parte, y dejando a un lado a la posible manipulación política como causa de ilegitimación de la consulta, cabe también hacer una pequeña mención a la campaña previa al plebiscito, pues para ello hay que tomar en cuenta las regulaciones y límites marcados en el Código de la Democracia, y hacer un énfasis en el principio de igualdad de oportunidades consagrado en dicho cuerpo normativo.⁶⁰ En el caso de la consulta popular, quienes se encargan de elaborar la campaña electoral son los grupos que se encuentran a favor de los cambios, reformas, o medidas que se plantean; siendo los grupos opositores quienes deben realizar la contracampaña, incentivando e informando al pueblo sobre el real alcance de las propuestas y que por lo tanto voten razonadamente o de forma negativa.

Con todos los conceptos revisados, es cuestionable la impecable transparencia en los procesos electorales del año 2011 y por lo tanto la legitimidad de la tipificación de la falta de afiliación al Seguro Social como infracción penal.

⁶⁰ Principio de igualdad de oportunidades, artículo 1 inciso tercero del Código de la Democracia: “*Bajo los principios de diversidad, pluralismo ideológico y de igualdad de oportunidades, esta ley regula la participación popular en el ejercicio de la democracia directa para los procesos electorales y para la designación, remoción y revocatoria de mandato de las autoridades de los órganos de poder público.*”

No obstante a la posible ilegitimidad de la consulta popular, el proceso de creación de la ley encargada de la tipificación de la infracción y establecimiento de la sanción no fue inmediato.

Hasta principios del año 2014 no existía una regulación positiva para el tema en cuestión, es decir, no existía una tipificación de la infracción de “no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”. Lo que si estaba en proceso era el proyecto de ley “Código Orgánico Integral Penal”, en el que se encontraba ya un tipo penal que sancionaba como delito la falta de afiliación. Esto estaba en el artículo 216 del proyecto de ley:

“Artículo 216.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.- El empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio, conforme ordena la Ley, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años y multa de doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general, sin perjuicio de las demás responsabilidades y sanciones.

Cuando se trata de trabajo doméstico será sancionado con la igual pena privativa de libertad.

Aquellos empleadores que retuvieren ilegalmente los valores correspondientes a los aportes personales de los trabajadores, destinándolos a otros fines y no al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, serán sancionados con la misma pena del inciso primero de este artículo.

En el caso de personas jurídicas, sociedades, fundaciones, compañías o cualquier otro ente que no cumpla con la obligación de afiliar a sus trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se impondrá una multa de doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general.

En caso de que sea la persona jurídica, sociedades, fundaciones, compañías o cualquier otro la que retuviere los valores correspondientes a los aportes personales de los trabajadores, se aplicará una multa de doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general.”⁶¹

⁶¹ Proyecto de ley al: Código Orgánico Integral Penal.

<http://documentacion.asambleanacional.gov.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/233c7e51->

Las conductas que se encontraban principalmente en este tipo penal, era la falta de afiliación y la retención ilegal con desvío a otro destino de los valores correspondientes a aportes personales. Se establecían las penas tanto para personas naturales empleadoras como para personas jurídicas empleadoras, siendo estas considerablemente fuertes, pues se hablaba de privación de la libertad de uno a tres años y de multas de doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador. Este era el texto que se encontraba en el proyecto de ley hasta el segundo debate.

Una vez que se llevó a cabo el segundo debate del proyecto de ley, el mismo que tuvo lugar en el mes de octubre y noviembre del 2013, se modificó el texto y las regulaciones antes propuestas, minimizando la gravedad de la infracción de falta de afiliación y la magnitud de la pena, pues se propuso establecer a dicha conducta como una contravención penal mas no como un delito, y su sanción disminuyó muy considerablemente, imponiendo una pena de tres a siete días de privación de libertad para el caso de las personas naturales, y una multa equivalente a cinco remuneraciones básicas del trabajador en general por cada trabajador no afiliado para las personas jurídicas. De igual manera, se abrió la posibilidad en ambos casos, de que el infractor en un término de cuarenta y ocho horas abone los valores respectivos en cuarenta y ocho horas posteriores a la notificación que hubieren recibido, para que de esta manera no tengan que someterse a las sanciones mencionadas. Por otro lado, se separaron de este tipo penal a las conductas de retención ilegal o desvío de fondos, a las que se ubicó en otros artículos del COIP.

El texto modificado fue aprobado por el pleno de la asamblea, mostrando un cambio bastante notorio en la rigidez de las medidas para castigar la conducta criminalizada, lo cual desde una visualización general, se podría decir que los cambios minimizaban considerablemente las fuertes medidas que en un principio se quisieron tomar, y que su fuerte castigo, era el objetivo que perseguía el Presidente de la República al proponer que

a5a7-4c0e-a848-79e6ead28a9c/Ley%20del%20Código%20Orgánico%20Integral%20Penal, ingreso: 11 de mayo del 2013.

se utilice un tratamiento penal para la falta de afiliación al IESS, medida que fue aprobada por el pueblo ecuatoriano años atrás en la consulta popular. Como era de esperarse, hubo una reacción del presidente Correa frente a los cambios expuestos, y por otros cambios que de igual manera se hicieron al proyecto de ley del Código Orgánico Integral Penal, de tal manera que con fecha 16 de enero del 2014, el Presidente de la República presentó su objeción parcial, en la cual manifestó su inconformidad con el texto aprobado y las medidas tan leves para tratar a la infracción de falta de afiliación al IESS:

“Sobre la Sección Séptima y el artículo 244 del proyecto

En el año 2011 se llevó a cabo el referéndum constitucional y consulta popular y se preguntó al pueblo ecuatoriano si estaba de acuerdo "...con que la Asamblea Nacional, sin dilaciones dentro del plazo establecido en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, a partir de la publicación de los resultados del plebiscito, tipifique como infracción penal la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de los trabajadores en relación de dependencia? ", y éste con un rotunda mayoría votó afirmativamente a que esta conducta se tipifique como infracción en el Código penal. Pretender ahora tipificar como contravención a la o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio y sancionarlo con pena privativa de libertad de tres a siete días, sencillamente constituye una burla a esa voluntad soberana que mayoritariamente decidió que esta conducta afecta de manera grave al sector de los trabajadores, quienes siempre ha estado en situación de desigualdad frente a sus empleadores y son víctimas de abusos e irregularidad, una de las más comunes el no afiliarlas al seguro social.

Uno de los fines de la pena es la prevención general positiva que consiste que en la sociedad, al ver que el sistema funciona de manera adecuada, restablece su confianza en éste y adecúa su conducta para ser parte de ese buen funcionamiento. Para lograr este fin, las sanciones deben ser ejemplificadoras, para que este grave problema se vaya reduciendo y lograr erradicarlo por completo, convirtiéndonos en una sociedad, en

donde los empleadores estén conscientes que deben cumplir con todas las obligaciones que se generan por la contratación de sus trabajadores... ”⁶²

Lo manifestado por el Presidente en su objeción parcial deja una clara idea de su inconformidad. En su motivación, cabe para la crítica indicar que una contravención es una clase de infracción, cuya gravedad es inferior a la de un delito. Si el presidente quería que se tipifique a esta conducta como un delito y no como una infracción, debió plantear correctamente su pregunta en la consulta popular, ya que en esta solamente se utilizó el término “infracción penal”, lo que en nada se contrapone con la tipificación de la conducta como contravención, por lo que evidentemente no se está haciendo nada en contra de la voluntad popular que aprobó la medida y mucho menos esto constituye una “burla” para el pueblo, como se señala en la objeción parcial.

El texto que insistió el Presidente de la República en su objeción parcial es muy similar al propuesto en el texto del proyecto inicial:

“Artículo 244.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social,- La o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años.
Las penas previstas se impondrá, siempre que la persona no abone el valor respectivo, dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificada. ”⁶³

Según el texto nuevamente propuesto en la objeción presidencial, se reestablece la pena de 1 a 3 años para la infracción, pero esta vez deja abierta la posibilidad de que el infractor en las cuarenta y ocho horas posteriores a la notificación que reciba, realice el

⁶² Objeción parcial del Presidente de la República Rafael Correa a la aprobación del Proyecto de Ley COIP, Oficio No. T.6136-SGJ- 14-46 del 16 de enero del 2014, dirigido a la Presidenta de la Asamblea Nacional.

⁶³ Objeción parcial del Presidente de la República Rafael Correa a la aprobación del Proyecto de Ley COIP, Oficio No. T.6136-SGJ- 14-46 del 16 de enero del 2014, dirigido a la Presidenta de la Asamblea Nacional.

abono de los valores correspondientes para que de esta manera no sea sancionado con la pena.

Una vez que se revisó la objeción parcial del Presidente de la República, en lo que se refiere a la falta de afiliación al IESS la Asamblea Nacional decidió no tomar en cuenta la observación expuesta en la objeción ni el texto propuesto. Finalmente el Código Orgánico Integral Penal se aprobó el 28 de enero del 2014 y se publicó en el registro oficial el 10 de febrero del 2014, manteniendo el texto aprobado en el segundo debate por la Asamblea y por lo tanto estableciendo la infracción de falta de afiliación al IESS como una contravención en el caso de personas naturales, y como un delito en el caso de personas jurídicas empleadoras, siendo en el segundo caso una pena pecuniaria mas no privativa de libertad. A continuación cito el texto definitivo de los artículos 243 y 244 del COIP, que constituye la norma que nos rige y establece el tipo penal:

“Art. 243.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona jurídica.- En el caso de personas jurídicas que no cumplan con la obligación de afiliar a uno o más de sus trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se impondrá la intervención de la entidad de control competente por el tiempo necesario para precautelar los derechos de las y los trabajadores y serán sancionadas con multa de tres a cinco salarios básicos unificados del trabajador en general, por cada empleado no afiliado, siempre que estas no abonen el valor respectivo dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificado.

Art. 244.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.- La o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días.

Las penas previstas se impondrán siempre que la persona no abone el valor respectivo, dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificada.”⁶⁴

⁶⁴ Arts. 243 y 244 del Código Orgánico Integral Penal.

2.2. Regulaciones y Principios Constitucionales para la Afiliación al IESS y El Régimen del Buen Vivir Como Expectativa Constitucional

Los principios que recogen las normas ecuatorianas se encuentran consagrados tanto en la Constitución como en la Ley de Seguridad Social en los siguientes artículos:

Constitución:

“Art. 34.- El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado.

La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas.

El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo.”⁶⁵

En el presente artículo se señalan los principios para la seguridad social, sin embargo hay que extraer ciertos elementos que constituyen preceptos fundamentales y que no constan como principios. Estos son primeramente, que es un derecho **irrenunciable** de todas las personas. Por otra parte, se otorga la responsabilidad de brindar y garantizar el ejercicio del derecho al Estado, lo cual es un elemento clave para que se tomen las medidas necesarias por parte de sus representantes para efectivizar y cumplir con esta responsabilidad. Se establecen como principios los de: solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación.

⁶⁵ Art. 34 de la Constitución Política de la República

Por su parte, el artículo 83 numeral 15 de la Constitución dispone lo siguiente:

“Art.83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

15. Cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social, y pagar los tributos establecidos por la ley.”⁶⁶

Esta disposición constitucional establece la responsabilidad de cooperación con el estado a todas las ecuatorianas y ecuatorianos para velar y actuar a favor de la seguridad social. Pues aquí es donde nace la posición de garante de todo ciudadano para con el Estado, incluso en el caso de aquel que tenga la calidad de empleador, quien en principio y desde esta perspectiva, debe afiliar a su empleado al IESS para cooperar primeramente con el Estado y no solamente para satisfacer un derecho del trabajador. Esto se podrá profundizar cuando se analice la naturaleza y los sujetos de la obligación de afiliar al IESS.

Ley de Seguridad Social:

La Ley de Seguridad Social en vigencia fue publicada el 30 de noviembre del año 2001 y ha sido sujeta a varias reformas a partir de ese tiempo. Esta Ley se aprobó por el Congreso Nacional en respuesta a una serie de avances que se lograron en el siglo XX, partiendo de hechos como la aprobación de leyes que amparaban a empleados públicos, judiciales, educadores, entre otros en los años 1905, 1915 y 1918. Posteriormente se crearon instituciones como la Caja de Pensiones en 1928, la Caja del Seguro Social en 1937, las mismas que en 1970 darían el origen a la creación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como ente autónomo, y más tarde a la publicación de la Ley de Seguro Social Obligatorio en el año 1988⁶⁷. La creación de la Ley del 2001 vendría a consolidar un sistema de seguridad social que reconocería al seguro social obligatorio además de

⁶⁶ Art. 83 numeral 15 de la Constitución de la República del Ecuador

⁶⁷ Jimena Sasso, La Seguridad Social en el Ecuador, Historia y Cifras, Programa de Políticas Públicas – FLACSO-Ecuador, véase en internet: <http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/2881#.VwdwBF237tQ>, visita: 28 de mayo de 2015.

presentar regímenes distintos que se acomodaban a otras realidades. Se establecieron una serie de principios rectores para la aplicación de esta normativa:

“Art. 1.- PRINCIPIOS RECTORES.- El Seguro General Obligatorio forma parte del sistema nacional de seguridad social y, como tal, su organización y funcionamiento se fundamentan en los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiariedad y suficiencia...”⁶⁸

En el primer inciso del artículo primero de la Ley de Seguridad Social, se recogen los principios rectores para la seguridad social, los mismos que coinciden en su totalidad con los principios que consagra la Constitución en el artículo 34, tomando en cuenta que en dicho artículo se incluyen dos principios adicionales que son el de transparencia y el de participación. En el segundo inciso del artículo 1 de la Ley de Seguridad Social, se define a cada uno de los principios:

“Para efectos de la aplicación de esta Ley:

Solidaridad es la ayuda entre todas las personas aseguradas, sin distinción de nacionalidad, etnia, lugar de residencia, edad, sexo, estado de salud, educación, ocupación o ingresos, con el fin de financiar conjuntamente las prestaciones básicas del Seguro General Obligatorio.

Obligatoriedad es la prohibición de acordar cualquier afectación, disminución, alteración o supresión del deber de solicitar y el derecho de recibir la protección del Seguro General Obligatorio.

Universalidad es la garantía de iguales oportunidades a toda la población asegurable para acceder a las prestaciones del Seguro General Obligatorio, sin distinción de nacionalidad, etnia, lugar de residencia, sexo, educación, ocupación o ingresos.

Equidad es la entrega de las prestaciones del Seguro General Obligatorio en proporción directa al esfuerzo de los contribuyentes y a la necesidad de amparo de los beneficiarios, en función del bien común.

⁶⁸ Inciso 1 del Art. 1 de la Ley de Seguridad Social.

Eficiencia es la mejor utilización económica de las contribuciones y demás recursos del Seguro General Obligatorio, para garantizar la entrega oportuna de prestaciones suficientes a sus beneficiarios.

Subsidiariedad es el auxilio obligatorio del Estado para robustecer las actividades de aseguramiento y complementar el financiamiento de las prestaciones que no pueden costearse totalmente con las aportaciones de los asegurados.

Suficiencia es la entrega oportuna de los servicios, las rentas y los demás beneficios del Seguro General Obligatorio, según el grado de deterioro de la capacidad para trabajar y la pérdida de ingreso del asegurado.”⁶⁹

Es muy importante el recalcar la incidencia que tiene el principio de solidaridad dentro de todo el contexto que se pretende analizar, esto es la criminalización de la falta de afiliación. Según la definición que aporta la Ley de Seguridad Social, nos deja un claro concepto de lo que significa la solidaridad para la seguridad social y el importante papel que desempeña. En concreto, a través de la solidaridad, todos los ciudadanos afiliados se convierten en auxiliares del prójimo, así cada individuo se transforma en una ayuda importante para el otro y además adopta un papel activo en la sociedad mediante la puesta en disposición de sus recursos económicos al alcance de quienes necesiten y a la vez, siendo beneficiario cuando necesita ser auxiliado por los demás ciudadanos cuando así se presenten la circunstancias; todo esto a través del sistema de seguridad social.

De esta manera también como ciudadanos corroboramos a la búsqueda de lo que significa la justicia social, tomando en cuenta que esto es lo que pretende nuestro Estado constitucional de derechos y justicia. El concepto de justicia social está compuesto por varios elementos, uno de ellos es la solidaridad y la seguridad social, como lo expone el autor Luis Humberto Abarca Galeas:

“La Justicia Social mas que una realidad es la más grande aspiración social, porque expresa la suma de los más elevados valores sociales, éticos, culturales y

⁶⁹ Inciso 2 del Art. 1 de la Ley de Seguridad Social.

espirituales, como son la igualdad en todos los órdenes y no solo en lo jurídico, la solidaridad, la libertad y la seguridad social, así como el respeto, garantía y Tutela Jurídica de los Derechos Humanos.”⁷⁰

El camino a seguir según el autor, es el de la seguridad social, la misma que no puede existir sin una adecuada tutela jurídica de derechos. A la vez el autor manifiesta que la justicia social tampoco puede existir sin seguridad social, conformando así una estructura en la que todos estos elementos son pilares fundamentales para alcanzar el fin.⁷¹

Por otra parte, Luis Humberto Abarca Galeas también expone el origen axiológico de la solidaridad social y por ende de la seguridad y la justicia social al decir:

“La igualdad de los miembros de la sociedad ecuatoriana comprende el reconocimiento de derechos a las personas y grupos de atención prioritaria, que por su propia condición o situación que en la vida se encuentran requieren de protección o atención adicional, de tal forma que, la igualdad se la concibe en consideración al estado y condición de las personas, protegiéndolas y auxiliándolas cuando se encuentran en condiciones de desigualdad, lo cual constituye el presupuesto fundamental para la existencia de la solidaridad social concebida como uno de los principios fundamentales para la organización del Estado Constitucional de derechos y justicia social y no como la bondad religiosa y de caridad de los hombres afortunados.”⁷²

Así es como toda esta aspiración de justicia social parte de un principio de igualdad que paso a paso busca la protección y tutela de derechos; es una meta que el Estado pretende

⁷⁰ Dr. Luis Humberto Abarca Galeas, El Estado Constitucional de Derecho y Justicia Social, Editorial Jurídica del Ecuador, Primera Edición, Quito – 2013, Pág. 41

⁷¹ Dr. Luis Humberto Abarca Galeas, El Estado Constitucional de Derecho y Justicia Social, Editorial Jurídica del Ecuador, Primera Edición, Quito – 2013, Pág. 46

⁷² Dr. Luis Humberto Abarca Galeas, El Estado Constitucional de Derecho y Justicia Social, Editorial Jurídica del Ecuador, Primera Edición, Quito – 2013, Pág. 46 - 47

alcanzar y que para ello empleará los medios necesarios; el primer paso según las enseñanzas del autor, es el de hacer efectivo el principio de igualdad a través de un sistema de seguridad social que funcione a la perfección. Todo esto forma un conjunto de valores indispensables que amplían el alcance de un bien jurídico que el Estado busca proteger.

De las demás definiciones establecidas en la ley, para lo que en el presente tema concierne, creo que cabe enfocar la atención a dos principios en particular. Estos son el principio de obligatoriedad por una parte, y por otra el principio de subsidiariedad.

En cuanto al primer principio, el de obligatoriedad, estimo oportuno destacar que en la definición establecida por la Ley de Seguridad Social, se da un primer acercamiento a la imposibilidad de pactar o realizar cualquier acto que afecte a la integridad de este derecho, lo que concuerda con la irrenunciabilidad referida anteriormente. Estas posibles conductas que se prohíben expresamente con el principio de obligatoriedad, son las que actualmente vendrían ser tratadas penalmente con las regulaciones establecidas en el Código Orgánico Integral Penal cuando se trate de una relación laboral.

Del segundo principio, la subsidiariedad, vendría al caso por los señalamientos antes realizados, recalcar que en esta definición se refleja la responsabilidad y la obligación que tiene el Estado para con la sociedad en lo que se refiere a la eficacia del funcionamiento y las prestaciones del sistema de seguridad social cuando las aportaciones de los afiliados no sean suficientes para cubrir las contingencias que se les presente.

Como ya lo señalaba, en la Constitución se consagran los principios de transparencia y participación, los cuales evidentemente se incluyen con el propósito de resaltar los lineamientos de tinte político-social que sostiene la tendencia y la estructura con la que fue elaborada la Constitución. Una de las funciones del Estado que se crean a partir de la Constitución de Montecristi en el año 2008, es la Función de Transparencia y Control Social. Esta se encarga de velar por los derechos realizando el control de las entidades

públicas y privadas, y otorgando al pueblo la calidad de fiscalizador del poder público, tal como lo establece el artículo 204 de la Constitución:

“Art. 204.- El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación.

La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción.

La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa.”⁷³

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) es una entidad pública descentralizada que cuenta con personería jurídica conforme lo señala el artículo 370 de la Constitución y el artículo 16 de la Ley de Seguridad Social, razón por la cual es un sujeto sometido al control del pueblo y de la Función de Transparencia y Control Social a través de sus organismos.

Por su parte, el principio de participación, al igual que el de transparencia, responde a un carácter político-social y se refiere a los derechos de participación política consagrados en la Constitución en lo relativo a las facultades de control, fiscalización, de conformidad

⁷³ Art 204 de la Constitución de la República del Ecuador.

con lo dispuesto en los artículos 61 y 95 de la Carta Magna⁷⁴. Refiriéndose dichos artículo citado, el profesor Jorge Moreno Yanes hace la siguiente apreciación:

*“Según esta norma constitucional, los derechos de participación son un proceso permanente de construcción del poder ciudadano, algo dinámico que se manifiesta permanentemente en los espacios de la vida política de una sociedad.”*⁷⁵

Cabe señalar que en virtud de los derechos de participación es que se realizó la consulta popular del año 2011 en la que el pueblo eligió criminalizar la conducta de no afiliación al IESS por parte del empleador al trabajador.

Sin apartarse de los principios y normas revisadas, cabe revisar los planes que se plantean en la misma norma suprema para hacer efectivo el goce de los derechos. En este punto es importante mencionar y revisar los lineamientos constitucionales establecidos en el Régimen del Buen Vivir con respecto a la seguridad social.

El Estado para la optimización del cumplimiento de sus deberes y para lograr que los ciudadanos corroboren en el desarrollo ha visto necesario establecer un Régimen del

⁷⁴ “Art. 61.- Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos: 2. Participar en los asuntos de interés público. 5. Fiscalizar los actos del poder público. 7. Desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional.”

“Art. 95.- Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.”

⁷⁵ Jorge Moreno Yanes, Elementos de Derecho Electoral Ecuatoriano, Tribunal Contencioso Electoral, Edición e Introducción por Richard Ortiz Ortiz, Primera Edición, Quito-Ecuador 2010, Pág. 42

Buen Vivir, el mismo que nace por mandato constitucional, en donde también se plantean las bases sobre las que se deberá construir y desarrollar este régimen. Evidentemente, esto corresponde a un sistema dirigido a garantizar una serie de derechos económicos, sociales y culturales que de conformidad con las tendencias garantistas que ha adoptado nuestra estructura estatal y que a largo plazo han producido efectos que se han logrado a través de la emisión de políticas públicas, decretos, resoluciones de instituciones públicas, y promulgación de leyes a través de iniciativa legislativa provenientes del ejecutivo, como ha sido el caso del COIP.

Para revisar en qué consiste el Régimen del Buen Vivir, cabe partir de la norma constitucional que lo crea, esto se encuentra en el artículo 340 de la Constitución, en donde específicamente se habla de un sistema de inclusión y equidad social que consiste en lo siguiente:

“Art. 340.- El sistema nacional de inclusión y equidad social es el conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo.

El sistema se articulará al Plan Nacional de Desarrollo y al sistema nacional descentralizado de planificación participativa; se guiará por los principios de universalidad, igualdad, equidad, progresividad, interculturalidad, solidaridad y no discriminación; y funcionará bajo los criterios de calidad, eficiencia, eficacia, transparencia, responsabilidad y participación.

El sistema se compone de los ámbitos de la educación, salud, seguridad social, gestión de riesgos, cultura física y deporte, hábitat y vivienda, cultura, comunicación e información, disfrute del tiempo libre, ciencia y tecnología, población, seguridad humana y transporte.”⁷⁶

⁷⁶ Constitución de la República.

De conformidad con este sistema creado en la Constitución, es que a través de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo se emite periódicamente un proyecto de desarrollo denominado “Plan Nacional para el Buen Vivir”. El Plan Nacional para el Buen Vivir consiste en fijar los objetivos que se plantea el gobierno nacional para conseguirlos en el período de tiempo para el cual se emite el mismo, este período es de cuatro años. Por lo tanto, la expectativa constitucional al crear este régimen, es que cada cuatro años el gobierno se plantee una serie de objetivos relacionados con los aspectos que en el artículo 340 se establecen, en observancia de la situación y la realidad en la que se encuentre el país; de esta manera se intentarán cubrir y resolver las deficiencias, los problemas y las debilidades que se perciban al momento que se emita el plan.

Como se puede observar en la norma constitucional, la seguridad social es uno de los ámbitos por los que debe velar el sistema que se plantea para la consecución del Buen Vivir. La consulta popular que tuvo lugar en el año 2011 mediante la que se criminalizó la falta de afiliación al IESS por parte del empleador al trabajador, estaba dentro del período del Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013, por lo que al haber sido una medida política dirigida a la protección de este derecho, es coherente que haya tenido conexión con el plan que se había planteado dos años atrás.

El Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013, dentro de su primer objetivo, incluyó políticas y metas relacionadas directamente con la optimización de la seguridad social, el objetivo primero consistía en:

“Auspiciar la igualdad, cohesión e integración social y territorial en la diversidad”⁷⁷

Las dos primeras políticas que se plantearon dentro de este objetivo estaban directamente relacionadas con la seguridad social:

⁷⁷ Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.

“1.1. Garantizar los derechos del Buen Vivir para la superación de todas las desigualdades (en especial salud, educación, alimentación, agua y vivienda).

1.2 Impulsar la protección social integral y seguridad social solidaria de la población con calidad y eficiencia a lo largo de la vida con principios de igualdad, justicia, dignidad, interculturalidad.”⁷⁸

De igual manera, entre las metas que se señalaron dentro de este objetivo y como producto de la aplicación de las políticas expuestas, podemos encontrar:

“1.2.1 Alcanzar el 40% de personas con seguro social al 2013.”⁷⁹

El objetivo tercero del Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013, también hace mención a la seguridad social en lo que tiene que ver con la calidad de vida, aunque no incluye políticas ni metas que se dirijan a ella directamente, tan solo se expone lo siguiente:

“El mejoramiento de la calidad de vida es un proceso multidimensional y complejo, determinado por aspectos decisivos relacionados con la calidad ambiental, los derechos a la salud, educación, alimentación, vivienda, ocio, recreación y deporte, participación social y política, trabajo, seguridad social, relaciones personales y familiares.”⁸⁰

De esta manera el gobierno nacional planteó sus objetivos en el año 2009 y a partir de esto empezó a realizar su gestión con la finalidad de cumplir sus metas, incluyendo lo relativo a la seguridad social.

El Plan Nacional para el Buen Vivir elaborado para el período 2013-2017, en lo que se refiere a la seguridad social y la afiliación al seguro social, disminuye su interés aunque

⁷⁸ Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.

⁷⁹ Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.

⁸⁰ Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.

se manifiesta una intensión de imponer el seguro social a todos los ciudadanos, tengan o no relación laboral, es decir, sean o no trabajadores. Esto lo podemos encontrar en el objetivo segundo que plantea este plan que consiste en:

*“Auspiciar la igualdad, la cohesión, la inclusión y la equidad social y territorial en la diversidad”.*⁸¹

La décima política que se propone dentro de este segundo objetivo plantea:

*“2.10 Garantizar la protección y la seguridad social a lo largo del ciclo de vida, de forma independiente de la situación laboral de la persona.”*⁸²

Con esta política entonces, el Estado a través del gobierno nacional, está ratificando una vez más el deber que tiene de garantizar la seguridad social a los ciudadanos. Este deber, como ya lo hemos visto, no nace del Plan Nacional para el Buen Vivir, sino de la propia Constitución. Como lo plantea en la política citada, esta protección y garantía ya no depende únicamente de la calidad de trabajador del ciudadano, pues la manera prevista tradicionalmente para garantizar este derecho era la obligación que se imponía al empleador de afiliarse a su trabajador. En este plano ya sobrepasa esa obligación laboral para cubrir también a aquellos que se encuentran desempleados o que por la naturaleza de sus labores, no mantienen una relación laboral con ningún empleador.

En tal sentido, se puede percibir un cambio de dirección entre los objetivos planteados en el plan 2009-2013 con los del plan 2013-2017, lo que se podría explicar al observar que para el año 2013 ya se había aprobado la criminalización de la falta de afiliación y ya estaba en proceso la ley encargada de la tipificación. Sin embargo, mantiene esta tendencia de garantizar y para ello adoptar las medidas necesarias con el fin de cumplir las metas planteadas.

⁸¹ Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.

⁸² Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.

2.3. Naturaleza de la Obligación de Desde la Perspectiva Laboral

La seguridad social es un derecho de todos los ciudadanos, y que incluso se lo ha establecido como un derecho humano consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y partiendo de este punto, los estados han procedido a crear normas de regulación y establecer principios para la salvaguarda y el correcto ejercicio de tan importante derecho.

La naturaleza de la obligación parte de un ideal de bienestar social y bien común según los preceptos del Estado Social de Derecho. En esa instancia se podría hablar de una obligación moral, en virtud de que el bienestar de una persona y todos los aspectos que engloba la seguridad social, son elementos que permiten al ser humano desarrollarse en un ambiente digno, sano y que a la larga va a ser un beneficio en el ámbito colectivo lo que a su vez muestra el nivel de desarrollo del Estado en su generalidad. Pero es justamente por su importancia, que se requiere un sistema regulado para su óptimo cumplimiento, por lo que los tratados internacionales, las constituciones y las leyes de los Estados han procedido con la elaboración de una normativa que haga posible el goce y el ejercicio de este derecho. Entonces es en este punto en donde la obligación moral se convierte en obligación jurídica, vinculante y cuyo incumplimiento o cumplimiento indebido pasa a tener un castigo, una sanción sea de la naturaleza que esta sea.

Esta obligación jurídica entonces parte de la ley como fuente, siguiendo las disposiciones del artículo 145383 del Código Civil. Pues primeramente se ve plasmada en la Constitución como una obligación del Estado, en la Ley de Seguridad Social y en el Código del Trabajo como una obligación pecuniaria del empleador.⁸⁴

⁸³ Código Civil: Art. 1453.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

⁸⁴ Graciela Monesterolo Lencioni, Instituciones de Derecho Laboral Individual, Tercera Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2010, Pág. 260

“Art. 42.- Obligaciones del empleador.- Son obligaciones del empleador:

31. Inscribir a los trabajadores en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, desde el primer día de labores, dando aviso de entrada dentro de los primeros quince días, y dar avisos de salida, de las modificaciones de sueldos y salarios, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, y cumplir con las demás obligaciones previstas en las leyes sobre seguridad social;”⁸⁵

Por lo tanto, esta obligación jurídica, además de emanar de la constitución, es también una obligación laboral cuyo sujeto pasivo es el empleador y el sujeto activo es el trabajador y el Estado ya que a este último es a quien el empleador debe rendir cuentas y con quien debe corroborar. Pero a la vez, y conforme a las disposiciones constitucionales, el Estado es un sujeto pasivo de la obligación frente a todos los ciudadanos que somos los sujetos activo. Entonces desde estos puntos de vista, se puede hablar de una obligación “multifacética”, en donde sus sujetos varían dependiendo de la de frente a qué parte de la obligación se encuentren. De esta manera, se puede decir que, la afiliación al IESS nace como una obligación del Estado en aras de brindar seguridad social a sus habitantes.

2.4. Política Criminal para Introducir la Falta de Afiliación al Seguro Social Dentro del Catálogo de Delitos

Como ya se ha revisado, es un deber del legislativo o de los gobernantes el captar los bienes jurídicos que hay o que existirán en la sociedad que gobiernan. Cuando en la consulta popular se introdujo la pregunta número diez en la consulta popular que tuvo lugar en el año 2011, seguramente fue porque desde su punto de vista captó un bien jurídico desprotegido o con protección insuficiente y por esta razón la puso en consideración del pueblo ecuatoriano para confirmar o desestimar su visión a través de un medio democrático. Pero como ya lo he mencionado, hay que tener en cuenta que para todo proceso electoral, se realiza una campaña a favor y una campaña en contra del objeto que se está sometiendo a elección popular, por lo que existe una gestión que en

⁸⁵ Art. 42 del Código del Trabajo.

conjunto con la propuesta y todo el tema electoral conducido en este caso en particular a la criminalización de una conducta; a todo este procedimiento y a la posición adoptada y promovida por el gobierno termina siendo la denominada “política criminal”.

Es una definición de política la que muestra Guillermo Cabanellas:

“Arte de gobernar, o alarde de hacerlo, dictando leyes y haciéndolas cumplir, promoviendo el bien público y remediando las necesidades de los ciudadanos habitantes de un país.”⁸⁶

La política criminal entonces es ese arte de gobernar, dictando leyes que tienen como finalidad la remediación de necesidades y en concreto para el ámbito penal, lograr la aplicación del control social formal.

Para Luigi Ferrajoli, la política criminal constituye una “doctrina sobre la justificación externa de las prohibiciones penales”, la misma que no forma parte de una doctrina jurídica sino política. Esta doctrina está direccionada, según el autor a una protección o “tutela” de bienes jurídicos y a la vez contribuye con la teoría del derecho penal mínimo⁸⁷.

El autor Luis Enrique Cuervo Pontón nos recuerda, al citar a Beristain, que:

“...es tarea de la política criminal la de realizar una evaluación de los bienes jurídicos que deben protegerse, y al hacerlo darle participación a la opinión de la colectividad”⁸⁸

⁸⁶ Guillermo Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental, 19ª ed. – Buenos Aires- Heliasta 2008, Pág. 296.

⁸⁷ Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta, Madrid, 1997. Pág. 472.

⁸⁸ Luis Enrique Cuervo Pontón, Política Criminal, Trabajo de Grado Presentado para optar al título de Abogado, Pontificia Universidad Javeriana

La consulta popular fue el medio políticamente aplicado para darle la participación directa a la colectividad, pero como lo señalaba, a través de toda aquella campaña que se implementó para su aprobación.

De esta manera se ve plasmada una política criminal para introducir la falta de afiliación al IESS en el catálogo de delitos, y otras conductas que también han sido criminalizadas con el COIP bajo el bien jurídico protegido “Buen Vivir” y que por lo tanto han formado parte del mismo proceso de política criminal a pesar de no haber sido objeto de una consulta popular.

En lo que se puede percibir y en concordancia con lo que ha señalado Luigi Ferajoli, este proceso de política criminal del que estoy hablando es lo que pasa a justificar el tratamiento penal para sancionar la falta de afiliación al IESS, siendo en este caso en particular, la consulta popular el medio de legitimación para la implementación de estas regulaciones. Sin embargo sobre la legitimidad proveniente de una consulta popular, como lo hemos revisado, existen también riesgos sujetos al modo en el que se ha empleado esta herramienta electoral.

2.5. Política Penal

Al igual que la tipificación de delitos responde a un criterio político, el establecimiento de sanciones también se ajusta a los lineamientos sobre los que se basa el Estado conforme su estructura y los ideales del gobierno que lo comande, es así como se debe medir la gravedad de la pena que se impondrá a todo aquel que cometa el delito según la naturaleza y los bienes jurídicos que se lesionen con su comisión. Si se revisa las políticas penales que se han utilizado a lo largo de la historia, se pueden ver plasmadas las ideologías y filosofías de cada gobierno. De todos estos aspectos hace un análisis el profesor Raúl Zaffaroni en su Tratado de Derecho Penal, en el que da una muestra del manejo de la política penal liberal, de la política penal de los autoritarismos pre-guerra en

los que su eje principal era la protección del Estado implementando el fuerte castigo a los delitos políticos⁸⁹.

De esta manera se pueden analizar las pretensiones del Estado para establecer la gravedad de un delito según la pena que se imponga para su comisión, lo cual a la vez debería responder al principio de proporcionalidad de la pena de acorde a la concepción social de la conducta que se sanciona. El principio de proporcionalidad de la pena se encuentra consagrado en la Constitución:

*“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: ...6. La ley establecerá la debida proporcional entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas y de otra naturaleza”.*⁹⁰

Para entender de una mejor manera el concepto de proporcionalidad y lo que este principio implica, cabe revisar lo que manifiesta el autor Miguel Valarezo Tenorio al respecto:

*“Para que exista proporcionalidad entre penas y delitos debe existir una equiparación valorativa de tal forma que la pena sea adecuada al acto. Es por esto que el legislador al momento de establecer una pena a un delito lo debe hacer con criterio técnico, más no atendiendo a particulares circunstancias meramente políticas de populismo penal; provocando con esto una distorsión del principio de proporcionalidad, el mismo que establece, que a mayor restricción de la libertad, mayor importancia del bien jurídico lesionado penalmente. Dicha distorsión hace que en la actualidad, infracciones menores, tengan penas severas equiparables a las infracciones más graves y viceversa.”*⁹¹

⁸⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Parte General II, Ediar, Buenos Aires 1987.

⁹⁰ Constitución de la República

⁹¹ Dr. Miguel Valarezo Tenorio, *La Proporcionalidad entre Penas y Delitos*, véase en: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2013/11/28/proporcionalidad-entre-penas-y-delitos>, ingreso: 7 de mayo del 2014.

En virtud de este principio entonces, el Estado debe mantener un límite en la aspiración y ejercicio de su política penal, puesto que la proporcionalidad implica un examen apegado a la técnica legislativa, mas no debe seguir tendencias de carácter político al establecer las penas. Así se busca conseguir una objetiva medida de la gravedad de las conductas y adecuada sanción para estas.

El profesor Zaffaroni manifiesta que en un Estado Social de Derecho:

“...debe realizar el derecho íntegramente, como garantía, pero no como garantía de un ámbito abstracto de libertad política, sino como garantía de que el hombre dispondrá de lo que sea necesario – material y espiritualmente, lo que presupone la libertad política- para su realización en coexistencia, en sociedad (que bien entendida no es otra cosa que el fenómeno mismo de la coexistencia).”⁹²

Manteniendo la línea del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que además es Social, se ha dicho que es el origen de estas medidas garantistas de los derechos sociales que ha encaminado a la criminalización de la falta de afiliación al seguro social, podemos ver que Zaffaroni se refiere a la garantía de las necesidades humanas direccionadas a la realización de las personas, lo cual concuerda con la esencia de la seguridad social que es el resguardo de la dignidad y el pleno desarrollo humano.

Es claro que las aspiraciones político-penales que pretendía aplicar el gobierno ecuatoriano al proponer la criminalización de la falta de afiliación al IESS fueron desestimadas por la Asamblea Nacional al momento de elaborar la ley que pondría en aplicación la medida aprobada por el pueblo ecuatoriano mediante consulta popular. Desde un principio se manifestó la intención de tipificar como infracción penal de acuerdo con lo que se planteó expresamente en la pregunta número diez de la consulta popular, pero no se expuso una posible pena sino hasta cuando se presentó la primera

⁹² Eugenio Raúl Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Parte General II, Ediar, Buenos Aires 1987. Pág. 365.

propuesta de proyecto de ley del Código Orgánico Integral Penal, en donde se pretendía castigar con una pena privativa de libertad de uno a tres años además de una multa equivalente a doscientas remuneraciones básicas del trabajador en general. Esta fue la propuesta directamente presentada por el Presidente de la República, en la que evidentemente podemos encontrar una política penal estricta que respondía a las intenciones y los ideales del gobierno nacional, pero que en efecto el órgano legislativo consideró que era una medida demasiado fuerte para castigar a esta conducta, respetando así al principio de proporcionalidad de la pena.

Fue así como posterior a los debates, la Asamblea Nacional modificó la pena privativa de libertad de tres a siete días y además otorgó al empleador la opción de abonar los valores adeudados al IESS para evitar así el pago de indemnizaciones y la privación de libertad en el caso de las personas naturales como lo hemos revisado ya. Ante esta modificación tan significativa, hubo la reacción del Presidente de la República, quien manifestó su inconformidad con los cambios establecidos en este artículo, insistiendo en la aplicación de una pena fuerte. La Asamblea Nacional no allanó al veto presidencial en lo que se refería a este asunto, y ratificó las medidas presentadas posterior al segundo debate.

En conclusión, si bien la política penal aplicada a este delito surgió de los ideales implementados por el carácter del Estado y de las tendencias político sociales que han venido aplicando con el actual gobierno, estas evidentemente no concordaban la proporcionalidad y por lo tanto la búsqueda de una fuerte sanción penal se debilitó con la, desde mi punto de vista, acertada apreciación realizada por la Asamblea Nacional. El legislativo no tuvo otra alternativa que responder ante la decisión popular de tipificar como infracción penal a la falta de afiliación al IESS, lo cual cumplió, pero no de la manera que esperaba quien propuso la medida y el proyecto de ley del COIP.

2.6. La Falta de Afiliación Como Delito y Contravención

Los artículos 243 y 244 del Código Orgánico Integral Penal son los encargados de tipificar como infracción penal a la falta de afiliación al IESS. En el primer caso, es

considerado un delito mientras que en el segundo es una contravención; la diferencia material entre estos dos tipos penales es el sujeto que lo comete, es decir, el sujeto activo de la infracción; sin embargo la esencia de la conducta es la misma en los dos casos.

Para iniciar con el análisis de la estructura y los elementos del tipo penal de falta de afiliación, es importante partir de la premisa del concepto de delito y su estructura en general. Para definir el significado de “infracción penal” en el COIP, los legisladores recogieron concepto de “delito” que a través de la doctrina se lo ha desarrollado por distintos tratadistas y ha pasado a ser a mi modo de ver, el más completo y concreto de todos y en base a éste se realizará el respectivo análisis. El artículo 18 del COIP lo establece de la siguiente manera:

“Art. 18.- Infracción penal.- Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código.”

2.6.1. La Conducta

Podemos decir que la conducta en sí es una omisión, entendiendo que se trata de dejar de cumplir con una obligación legal. Esta modalidad de conducta está reconocida por el COIP en el artículo 23⁹³. La doctrina recogida en el artículo mencionado es principalmente la elaborada por Jescheck, que consiste en que el no evitar que se cumpla determinada consecuencia, equivale a causarla⁹⁴. Por su parte, Ramiro García Falconí, al referirse a la acción frente a la conducta omisiva manifiesta:

“...los tipos penales de acción son la base de la infracción de una norma prohibitiva de una intervención activa indeseable por su nocividad, mientras que

⁹³ Art. 23.- Modalidades de la conducta.- La conducta punible puede tener como modalidades la acción y la omisión. No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.

⁹⁴ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal. Parte General, 5ta ed., traducción al español de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, Pág. 58

los tipos de omisión son la base de la infracción de una norma preceptiva, que obliga a una determinada cooperación deseable.”⁹⁵

La norma preceptiva en materia de afiliación al seguridad social, vendrían a ser las obligaciones legales y constitucionales impuestas para el empleador para que afilia su trabajador, para contribuir con el goce de prestaciones que incluye el derecho de seguridad social por parte de todos sus dependientes; este segundo aspecto vendría a convertirse en esa “*cooperación deseable*”.

Se hace la distinción entre una omisión propia y una omisión impropia (o comisión por omisión). García Falconí indica que la omisión propia es aquella que está directamente tipificada en la norma penal y que su configuración está sujeta al mero incumplimiento de la obligación señalada en la ley independientemente del resultado que se produzca. Por su parte Zaffaroni aduce que la omisión propia se caracteriza también porque su sujeto activo no es calificado, pues puede tratarse de cualquier persona sin contar con una calidad en especial que lo ubique en posición de garante frente al bien jurídico de la víctima⁹⁶. En cambio respecto a los delitos de omisión impropia, consisten básicamente en no evitar que se produzca un resultado típico sin que esta conducta omisiva se tipifique directamente en la norma; esta modalidad parte de la condición de que el infractor, al momento de la configuración de la omisión, se encuentre en calidad de garante frente al bien jurídico que resultase afectado como resultado⁹⁷. Zaffaroni indica que la posición de garante consiste en:

“Los deberes que configuran la posición de garante pueden tener por fuente la ley misma, el contrato o el comportamiento anterior del agente (que haya decidido al sujeto pasivo a asumir un riesgo garantizando su neutralización.”⁹⁸

⁹⁵ García Falconí, Ramiro J., Código Orgánico Integral Penal Comentado, 1ra ed, Tomo I, Ara Editores, impreso en Perú, 2014, Pág. 249

⁹⁶ Zaffaroni Eugenio Raul, Estructura Básica del Derecho Penal. 1ed.- Buenos Aires: Ediar, 2009 Pág. 128.

⁹⁷ García Falconí, Ramiro J., Código Orgánico Integral Penal Comentado, 1ra ed, Tomo I, Ara Editores, impreso en Perú, 2014, Pág. 251

⁹⁸ Zaffaroni Eugenio Raul, Estructura Básica del Derecho Penal. 1ed.- Buenos Aires: Ediar, 2009 Pág. 129.

Revisadas estas premisas, se puede encontrar un conflicto para determinar que la falta de afiliación al IESS es una infracción penal consistente en una conducta de omisión propia o impropia (comisión por omisión en adelante). Por un lado, los artículos 243 y 244 del COIP la tipifican directamente como delito o contravención sin necesidad de que se cumpla un resultado determinado, lo cual según la doctrina correspondería a una omisión propia. Por otro lado, se podría interpretar que se trata de una comisión por omisión ya que se entiende que el empleador sí es un garante frente al trabajador en lo que concierne al cumplimiento de sus obligaciones jurídicas y protección de sus derechos laborales establecidos tanto en la ley como en el contrato de trabajo, y en el supuesto de que este llegase a requerir el auxilio del seguro social y no encontrarse afiliado, como resultado sufrirá un atentado directo a su bien jurídico, aunque también podemos entender que el bien jurídico ya estaba siendo atentado sin necesidad de presentación de contingencia alguna.

De la manera que está tipificada la conducta omisiva, no es necesario que llegue a darse un resultado dañoso determinado para que la infracción penal se configure en su totalidad, independientemente de que este atentado al bien jurídico se produzca por la naturaleza misma de lo que significa el derecho a la seguridad social y lo que implicaría no estar afiliado al mismo según lo repasado en capítulos anteriores. Pero al no constar dicho resultado en la norma penal, se estaría estructurando una infracción de acción o mera actividad que “...se producen solo con la ejecución de la acción determinada (omisión en este caso), mencionada en la ley, como por ejemplo la mera tenencia de armas de fuego (Art. 360 del COIP)”⁹⁹. Sin embargo no deja de ser pertinente el análisis de la calidad de garante que tiene el empleador frente al trabajador, pues en la manera establecida en la ley penal, se cumplen las condiciones de la conducta de omisión propia, que como lo hemos revisado, excluye la existencia del resultado como requisito de la infracción penal que se encuentra directamente tipificada como omisión en la norma y se la comete por el simple hecho de no afiliar a un trabajador al seguro social; pero también encontramos elementos fundamentales de la comisión por omisión como es el de la

⁹⁹ García Falconí, Ramiro “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, 2da edición, Quito , Latitud Cero Editores, 2014. Pág. 314

calidad del sujeto activo como garante (el empleador). Esto desconcuerda con la posición que adopta la doctrina citada (Zaffaroni), toda vez que al existir la posición de garante, se excluye la posibilidad de presencia de una omisión propia. Para el caso del artículo 243 del COIP en el que se tipifica el delito de falta de afiliación, es muy importante determinar la conducta que cometería la persona jurídica como empleadora y garante de la vigencia de la seguridad social del trabajador. Para esto sería preciso citar la siguiente apreciación de Ramiro García Falconí que a la vez revisa algunas ideas del autor Rafael Berruezo:

“Un caso aparte que merece ser explicado es el de la responsabilidad de los órganos directivos y del empresario individual en las conductas típicas que vértice de la estructura societaria, pues se establece que todo superior de una empresa tiene una posición de garante respecto a su poder de organización, y en virtud de esa posición se le puede imputar las lesiones sobre los bienes jurídicos que generen sus subordinados en el ejercicio de la actividad de la empresa como si hubieran causados por su propia conducta”¹⁰⁰.

El conflicto para determinar a qué clasificación de omisión pertenece la falta de afiliación, parte principalmente de la ausencia de un resultado establecido en el tipo penal, por lo tanto es en este aspecto en el que hay que centrarse para lograr ubicar a esta conducta. Si bien no se fija un resultado en la norma penal, hay que tomar en cuenta que el COIP reconoce como conductas penalmente relevantes no solamente a aquellas que causan el resultado lesivo a un bien jurídico, sino también a las que los ponen en peligro¹⁰¹. Siguiendo la enseñanza de Zaffaroni, siempre una conducta penal sea de resultado o de mera conducta, causará de alguna manera un resultado:

“Ambas denominaciones no son exactas, porque no hay tipo penal que no exija algo que algo se produzca en el mundo (resultado) y lo cierto es que revelan una

¹⁰⁰ García Falconí, Ramiro “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, 2da edición, Quito , Latitud Cero Editores, 2014. Pág. 375

¹⁰¹ Art. 22.- Conductas penalmente relevantes.- Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables. No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales.

confusión de niveles (fáctico y legal): en el supuesto de hecho fáctico siempre hay un resultado; en el del tipo o supuesto de hecho legal, puede ser individualizado (implicado en la conducta o separado de ésta) o no serlo”¹⁰².

Así, al existir la calidad de garante del empleador, y un resultado que no necesariamente debe ser materializado sino también consistir en un hecho legal, la conducta omisiva que estamos tratando se apegaría más a los elementos de una omisión impropia o comisión por omisión que a la de una omisión propia, ya que la vulneración de un derecho constituiría un hecho legal que en este caso sería el resultado de la conducta típica.

2.6.2. La Tipicidad

Dentro de la tipicidad deben encontrarse los elementos objetivos y subjetivos del tipo. Hablamos de elemento objetivo cuando nos referimos al núcleo, esto es la acción que comete el infractor por la cual debe ser reprimido por una sanción; esta acción debe ser definida por uno o varios verbos rectores y relacionados con el bien jurídico protegido del tipo penal.¹⁰³ Para el autor García Falconí, el tipo objetivo está compuesto siempre por un sujeto activo, la conducta que es precisamente la determinada por un verbo rector y además por lo general se describe un resultado¹⁰⁴. Con respecto al sujeto activo, el autor le da la debida importancia como parte del tipo objetivo puesto que, aunque por lo general se trate de un sujeto indeterminado, existen tipos en los que dicho sujeto debe cumplir con una calidad para que se cumpla con la tipicidad:

*“En todos estos casos se exige una calificación al sujeto activo para que se le considere como tal, por lo que de no cumplirse la misma, aun cuando se hubiere realizado la conducta, no se cumplirían los presupuestos típicos”.*¹⁰⁵

¹⁰² Zaffaroni Eugenio Raul, Estructura Básica del Derecho Penal. 1ed.- Buenos Aires: Ediar, 2009 Pág. 86.

¹⁰³ M. Paulina Araujo Granda, Derecho Penal Económico, Los Delitos Socioeconómicos en la Legislación Ecuatoriana, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010, Pág. 101

¹⁰⁴ García Falconí, Ramiro “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, 2da edición, Quito , Latitud Cero Editores, 2014. Pág. 313

¹⁰⁵ García Falconí, Ramiro “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, 2da edición, Quito , Latitud Cero Editores, 2014. Pág. 314

Justamente este es el caso de el delito y la contravención tipificadas en los artículos 243 y 244 del COIP, por la conducta de falta de afiliación al IESS. Tanto en el caso de la persona jurídica como en el de la persona natural como sujetos activos de la infracción, estos deben ser necesariamente los empleadores del trabajador víctima de la conducta típica ya que son los únicos obligados por la ley a afiliarse a sus empleados. En manera figurativa, se puede ejemplificar de la siguiente manera: Si A es empleado de B y X es un ciudadano cualquiera que no tiene relación laboral alguna con A, no se puede imputar penalmente a X por la contravención o el delito de falta de afiliación de A, pues al no ser X el empleador, no se estaría cometiendo la infracción; pero si es B quien no afilió a A, se configuraría la existencia de la infracción y se podría imputar este por su calidad de empleador. Además, entre estos dos tipos penales, es también su calidad de persona natural o de persona jurídica la que determina si, dentro de su rol de empleador, estaría cometiendo el delito (Art. 243 COIP) o la contravención (Art. 244 COIP) de falta de afiliación. Es decir, en este caso podemos encontrar dos calificaciones en una misma conducta para determinar si primeramente se está cometiendo un ilícito penal y en segundo lugar, cuál sería el tipo penal que corresponde al caso.

La conducta típica se encuentra definida por el o los verbos rectores que se exponen en la norma penal. Existen tipos defectuosos como son los “tipos penales abiertos” en los que como indica Ramiro García Falconí, “...*no se describen exhaustivamente y en todos sus aspectos el objeto de la prohibición*”. El autor se refiere a aquellos en los que se hace uso de varios verbos rectores o que se usan frases que dejen abierto a la interpretación del juez si se cumplen o no las circunstancias y elementos concretos que requiere el tipo penal¹⁰⁶. Ventajosamente, este no es el caso de los tipos penales que se están analizando, pues en los dos casos se establecen como verbos rectores “no cumplir con la obligación de afiliarse” en el caso del delito y “no afiliarse” en el caso de la contravención, es decir la conducta es la misma y se la expone en un solo verbo rector de la manera más concreta

¹⁰⁶ García Falconí, Ramiro “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, 2da edición, Quito , Latitud Cero Editores, 2014. Pág. 315

sin dejar espacios abiertos para interpretaciones y de esta manera cumpliendo con una técnica legislativa adecuada en materia penal.

Por otra parte, el elemento subjetivo vendría a ser lo referente a la intención con la que en el tipo penal especifica que debe cometerse la conducta para que esta sea infracción, pudiendo ser culposa o dolosa de conformidad con lo que indica la profesora Araujo:

“El elemento subjetivo ya no se refiere a la exteriorización de la conducta, sino a la vinculación cognoscitiva y/o volitiva de la persona es decir, la construcción del tipo penal basado sea en la culpa o en el dolo, que en muchos casos consta en la misma descripción normativa y en otros, el intérprete del tipo lo debe deducir por la redacción de su parte objetiva.”¹⁰⁷

Para esto debemos entender a la culpa aquella que proviene de la falta de observancia al deber de cuidado; y el dolo aquel que proviene de la intención de dañar al bien jurídico en concordancia con las disposiciones de los artículos 26 y 27 del COIP¹⁰⁸.

Tratándose de una infracción de comisión por omisión, que significaría el no actuar cuando existe una obligación jurídica de hacerlo, cabe analizar la posibilidad de presencia del dolo y la culpa como parte del elemento subjetivo partiendo de la posición de garante que tiene el sujeto activo.

Se entiende según la doctrina que la conducta dolosa contiene un elemento cognitivo y un elemento volitivo. El primero consiste en el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal antes de tomar la decisión de practicarlos; una vez que el sujeto activo resuelve actuar, aparece el segundo elemento que tiene que ver con la voluntad y la intención positiva que tiene el sujeto para ejecutar el tipo objetivo. En este punto el infractor debe

¹⁰⁷ M. Paulina Araujo Granda, Derecho Penal Económico, Los Delitos Socioeconómicos en la Legislación Ecuatoriana, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010, Pág. 104

¹⁰⁸ Art. 26.- Dolo.- Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño.(primer inciso)
Art. 27.- Culpa.- Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código.

tener la intencionalidad de causar el resultado¹⁰⁹. El dolo persigue el resultado dañoso del bien jurídico determinado lo cual responde a la corriente finalista del derecho penal, hay que tomar en cuenta que desde este punto, se entendería que en una comisión por omisión particular de como se ha podido observar con los elementos analizados, en la conducta de falta de afiliación, al no existir un resultado material determinado en la norma, se debería entender que el dolo va dirigido a la puesta en peligro del bien jurídico toda vez que el artículo 26 del del COIP señala que el dolo se centra en el designio de causar daño, sin especificar que éste se encuentre determinado en un resultado expuesto en el tipo penal. La falta de afiliación es una conducta que causa un daño al trabajador sin que este sea especificado como un resultado en el tipo penal, pues este detalle no es necesario para la comisión de la conducta, pero eso no significa que se deje de violentar contra un bien jurídico protegido por la norma, lo cual sería el resultado legal, por lo que estudiándolo de dicha manera, cabe totalmente la existencia del dolo.

La omisión dolosa que establece el COIP en el artículo 28, explica que esta conducta omisiva voluntaria y deliberada, debe ser cometida por la persona que se encuentre en calidad de garante, fijando que dicha posición proviene de la obligación contractual o legal, de cuidado o custodia frente al titular del bien jurídico¹¹⁰. Esto se ajusta a los presupuestos para que se dé una comisión por omisión mas no a una omisión propia. Al respecto, Ramiro García Falconí manifiesta:

“Así como en los delitos de comisión dolosos, en la estructura típica omisiva existen elementos objetivos y subjetivos que definen una situación de riesgo para un bien jurídico, claro está, que el riesgo en este tipo de delitos puede provenir en cualquier fuente y, por ende, la responsabilidad penal sobreviene sobre quien tiene la obligación jurídica de actuar”¹¹¹.

¹⁰⁹ García Falconí, Ramiro “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, 2da edición, Quito , Latitud Cero Editores, 2014. Pág. 320-322

¹¹⁰ Art. 28 COIP

¹¹¹ García Falconí, Ramiro “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, 2da edición, Quito , Latitud Cero Editores, 2014. Pág. 375

Desde esta perspectiva la omisión dolosa está presente toda vez que existe la obligación jurídica del empleador para afiliar a sus trabajadores al seguro social; al incumplir esta obligación, genera la responsabilidad penal al estar dicha conducta tipificada como infracción ya que violenta contra el bien jurídico del trabajador que no se encuentra cubierto por las prestaciones del seguro social. El empleador puede emplear su conocimiento y su voluntad para incumplir esta obligación y de esta manera incurrir en el dolo.

Por parte de la culpa como elemento subjetivo, no se ha establecido un precepto en el COIP que establezca la posibilidad de una omisión culposa, sin embargo la doctrina ha determinado que hay posibilidades bastante restringidas de que se den. Es justamente cuando existe la posición de garante cuando estas omisiones pueden salir a la luz, apareciendo entre las opciones “la falta de cuidado al ejecutar el mandato”¹¹². Recordemos la apreciación en la que se fija la conducta omisiva de un director o gerente de una empresa respecto a las actuaciones de sus funcionarios inferiores; el empleador siendo empresa o persona natural, podría cometer la omisión de afiliar a su trabajador al seguro social por causas ajenas a su voluntad de causar el daño; y sí debido a la falta de cuidado en cumplir con lo que le obliga la ley. Sin embargo, hay que recordar el mandato del artículo 27 del COIP, que dispone que la conducta culposa únicamente será punible cuando se encuentra tipificada como infracción; esto implica que, a diferencia del dolo, la culpa como elemento subjetivo del tipo, debe estar expresamente descrita en la norma penal, cuestión que no corresponde a la forma en la que se tipifica la falta de afiliación al IESS.

Por otra parte, al conectarse la culpa con el deber objetivo de cuidado es importante tener en cuenta que la producción del resultado lesivo o peligroso para el bien jurídico no es un indicador para que la conducta imprudente que omite el deber de cuidado esté configurada, como lo indica el numeral primero, inciso cuatro del artículo 146 del COIP

¹¹² García Falconí, Ramiro “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, 2da edición, Quito , Latitud Cero Editores, 2014. Pág. 376

(artículo que tipifica el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional)¹¹³. Por esta razón, el peligro al bien jurídico producido por el empleador por la falta de afiliación, no demuestra que el infractor haya obrado con culpa y no con dolo, por más que este incumplimiento se haya producido por una inobservancia o descuido en su gestión. Por todo esto, es excluida la posibilidad de que aplique la culpa en lo que corresponde a la infracción de falta de afiliación al IESS.

Frente a la tipicidad, se pueden presentar circunstancias fundadas en el error de la persona que actúa y comete la infracción, de tal manera que dentro de la estructura del tipo, al presentarse un desconocimiento del elemento objetivo del mismo, se elimina el dolo y por lo tanto, en aquellos tipos de naturaleza dolosa, no existiría tal infracción. Esta sería la teoría del error de tipo, que en nuestro COIP se encuentra tácitamente reconocido¹¹⁴.

“El error de tipo se define como aquel que recae sobre una circunstancia objetiva del tipo legal: excluye el dolo de la realización típica (dolo de tipo)”¹¹⁵.

A manera de ejemplo, podría darse un caso en el que el empleador que está obligado a afiliarse a su trabajador al seguro social, desconozca de la relación laboral que existe en base a una mala interpretación de dicha relación jurídica, pudiendo este suponer que se trata de una relación civil en la que no se contemplan todas las garantías y obligaciones que contiene una relación de trabajo como lo es la obligación de afiliación; se estaría en este caso incurriendo en un error sobre un elemento objetivo que específicamente está dirigido a los sujetos del tipo, pues se recae en el desconocimiento erróneo de la calidad de empleador frente al trabajador. No obstante, hay que tomar en cuenta y conglobar con

¹¹³ “Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente: 1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.”

¹¹⁴ Ramiro J. García Falconí, La teoría del error en el nuevo Código Penal, Artículo Diario el Universo del 9 de junio de 2014, Véase en Internet: <http://www.eluniverso.com/opinion/2014/06/09/nota/3079436/teoria-error-nuevo-codigo-penal>, Visita el 8 de mayo del 2015.

¹¹⁵ García Falconí, Ramiro J., Código Orgánico Integral Penal Comentado, 1ra ed, Tomo I, Ara Editores, impreso en Perú, 2014, Pág. 532

las disposiciones del derecho del trabajo, en la que se habla de la primacía de la realidad como aquel principio que dispone que en caso de que una relación jurídica contenga los elementos esenciales de la relación laboral (prestación de servicios lícitos y personales; remuneración, dependencia), este será un contrato de trabajo y existirán las obligaciones patronales sin importar la figura que le quieran dar apariencia. Con dicha premisa, no eximiría de responsabilidad, al menos laboral del empleador por el simple hecho de desconocer la naturaleza de la relación jurídica con el trabajador.

De igual manera, se tienen que tomar en cuenta las teorías del error vencible e invencible, del cual la doctrina únicamente reconoce al invencible como causante de atipicidad de la conducta, dejando al vencible como un indicador de culpa en la actuación:

“Cuando el error recae sobre uno de estos elementos esenciales y es invencible, entonces se excluirá tanto el dolo como la culpa y la acción será atípica. Un error es invencible cuando este es objetivamente inevitable aún para el hombre medio ideal colocado en la situación del autor y empleando toda la diligencia objetivamente debida.” ¹¹⁶

La posibilidad del error invencible en la falta de afiliación no operaría en cuanto a eximir la responsabilidad laboral toda vez que la presencia de los elementos esenciales de la relación laboral son vinculantes y decisivos a la hora de determinar la existencia de la naturaleza laboral en la relación, sin importar el conocimiento que tenga el empleador sobre la misma, de conformidad con lo que este principio profesa:

“Para ROMERO MONTES el tema de la veracidad (o principio de primacía de la realidad) es un instrumento procesal que debe utilizar el magistrado al momento de resolver un conflicto dentro de un proceso (entiéndase laboral); por ello para aplicar este principio no se tiene como base subjetividades, sino cuestiones objetivas, por ello una vez que los hechos son demostrados, estos no pueden ser

¹¹⁶ García Falconí, Ramiro J., Código Orgánico Integral Penal Comentado, 1ra ed, Tomo I, Ara Editores, impreso en Perú, 2014, Pág. 534

neutralizados por documentos o formalidad alguna”¹¹⁷. (ROMERO MONTES, Francisco Javier, “El Principio de veracidad o principio de la realidad”, en los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Editado por Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Año 2004. p. 341)

Sin embargo queda la alternativa, y es por la que me inclino, de que por más que exista la responsabilidad laboral originada en el error, en el ámbito penal y de acuerdo con todas las circunstancias del error de tipo revisadas, se pueda descartar la tipicidad de la conducta; en este caso estaríamos frente a una infracción de carácter laboral mas no de carácter penal.

El dolo, como lo hemos revisado, dentro del elemento subjetivo del tipo de falta de afiliación al IESS, es un elemento presente en la infracción, pues en la manera como está planteado el tipo, el empleador actúa incumpliendo una obligación dirigida específicamente a la protección de un bien jurídico, esto será determinante al definir la existencia de la infracción. Desde este punto de vista, el error de tipo procedería, pues la calidad y obligación del sujeto activo y su incumplimiento presuponen una intención, el desconocimiento de los elementos objetivos invalidaría el dolo, y al no estar prevista la culpa, la conducta quedaría atípica inclusive cuando el error haya sido vencible ya que este es un indicador de culpa según Ramiro García Falconí.

2.6.3. La Antijuridicidad

La antijuridicidad en el artículo 29 del COIP está definida como aquella conducta penalmente relevante que lesiona un bien jurídico injustificadamente. Zaffaroni, al hablar sobre la antijuridicidad indica:

“La antijuridicidad es la característica de la conducta típica que resulta de la ausencia de causas de justificación y no la conducta misma, que es el objeto

¹¹⁷ Miguel Ángel Silva Ormeño, EL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD, véase en internet: <http://www.derechocambiosocial.com/revista014/primacia%20de%20la%20realidad.htm>, Visita el 8 de mayo del 2015.

jurídicamente desvalorado: la conducta típica y antijurídica es el injusto o ilícito penal, que cuando es también culpable configura un delito”¹¹⁸.

La antijuricidad parte de aquel incumplimiento a las obligaciones patronales establecidas tanto en la Ley de Seguridad Social como en el Código del Trabajo. Por lo tanto, con sustento en la conglobación, el derecho penal ha recurrido a estas ramas normativas para crear la protección del bien jurídico de seguridad social con todos sus elementos. Para comprender la importancia y relevancia de la antijuridicidad de la conducta, es necesario hacer un profundo análisis sobre el bien jurídico que con esta medida penal se busca proteger.

Cuando se habla de convertir a una determinada conducta humana social en un delito o contravención penal, por la naturaleza de la acción, se entiende que esta debe golpear contra uno o varios derechos de una o más personas. Pero al referirse a “derechos”, no hablo de aquellos cuyo remedio es una indemnización pecuniaria y con ello el daño queda resarcido; sino a esos derechos que por su propia esencia constituyen un valor que socialmente tiene elevada importancia y se convierten en valores en la sociedad. Por la trascendencia que conllevan estos valores, es que a través de las leyes se los debe proteger, y no solamente esto, sino que también se debe sancionar fuertemente a quienes hayan osado en agredirlos.

Los valores a los que nos referimos, son los que en una norma penal se busca proteger, este viene a ser “el bien jurídico protegido” del tipo penal. Para fortalecer lo antes mencionado, cabe revisar lo que enseña el profesor Alfredo Etcheberry:

“Las normas y leyes penales son dictadas por quienes gobiernan en una sociedad organizada, es decir, por quienes pueden imponer su voluntad a los demás, sea por la fuerza, sea por el libre consentimiento de los gobernados. Designamos, en general, como “el legislador” a quien dicta la ley. ¿Cómo se procede a la

¹¹⁸ Zaffaroni Eugenio Raul, Estructura Básica del Derecho Penal. 1ed.- Buenos Aires: Ediar, 2009 Pág. 191.

*dictación de la norma o ley penal? El legislador profesa un determinado sistema de creencias o ideas filosófico-sociales; tiene ciertos ideales acerca de la forma en las que la sociedad debe funcionar. Luego advierte que determinadas conductas son necesarias para que ese funcionamiento ideal se produzca, y en consecuencia, las manda; y que en cambio hay otras que son perjudiciales para tal ideal, y en consecuencia, las prohíbe. Cuando impone conductas, es porque las estima necesarias; cuando las prohíbe, es porque las estima dañosas. El legislador considera dañosa una conducta cuando viola un **interés**. El interés es la posición de un sujeto frente a un **bien**, y **bien** es todo aquello que puede satisfacer una necesidad humana, material o ideal¹¹⁹ (individual o social). El fin de la norma, y en último término, del derecho todo, es entonces la protección de los intereses.¹²⁰ El bien pasa a ser llamado **bien jurídico** cuando el interés de su titular es reconocido como social o moralmente valioso por el legislador, que brinda su protección prohibiendo las conductas que lo lesionan.”¹²¹*

Recogiendo las enseñanzas de Alfredo Etcheberry, se puede definir que un bien jurídico, es cuando este responde al interés social; cuando esto sucede, el legislativo debe captar que existe tal interés social y proceder con la elaboración de la norma que lo proteja. El interés no necesariamente debe ser social, también puede ser moral, para lo que su protección evidentemente quedaría al criterio del legislador, basándose en la costumbre y en la realidad social del pueblo al que pertenezca. Siguiendo esta base, es importante la determinación del bien jurídico que se pretende proteger con la norma que castiga al empleador que no afilia al IESS a sus trabajadores. Pueden existir muchos bienes jurídicos inmiscuidos en este tipo penal empezando por los que determina el mismo COIP de conformidad con su clasificación y estructura.

¹¹⁹ Citado por Alfredo Etcheberry: Petrocelli Biagio, L'Antigiuridicità. C.E.D.A.M., Padua, 1951

¹²⁰ Citado por Alfredo Etcheberry: Moro, Aldo, L'Antigiuridictá Penale, Gaetano Priulla Editore, Palermo, 1947.

¹²¹ Alfredo Etcheberry, Derecho Penal, Tomo Primero, Parte General, Segunda edición revisada y actualizada, Editora Nacional Gabriela Mistral, Santiago de Chile 1976.

Los artículos 243 y 244 del COIP se ubican dentro del bien jurídico general que establece la clasificación de este cuerpo normativo, esta es “Delitos contra los Derechos del Buen Vivir”. El Buen Vivir (Sumak Kawsai) como bien jurídico, desde mi perspectiva es un conjunto de elementos provenientes de las comunidades indígenas, dirigidos a conseguir excelencia en la calidad de vida de las personas en armonía con el ambiente según determinan los ideales que trajo consigo la Constitución 2008. Un concepto más claro lo podemos encontrar en lo que manifiesta Alberto Acosta:

“El Buen Vivir asoma, entonces, como una categoría en permanente construcción y reproducción. En tanto planteamiento holístico, es preciso comprender la diversidad de elementos a los que están condicionadas las acciones humanas que propician Buen Vivir, como son el conocimiento, los códigos de conducta ética y espiritual en la relación con el entorno, los valores humanos, la visión de futuro, entre otros. El Buen Vivir, en definitiva, constituye una categoría central de la filosofía de la vida de las sociedades indígenas.

Esta concepción ancestral se aproxima en nuestra época a otras visiones que proponen superar el capitalismo (ecologismo popular, marxismo, feminismo, etc.), que surgen también desde los oprimidos y se refuerzan con esta perspectiva incluyente.”¹²²

Como hemos podido apreciar, la introducción de este ideal del Buen Vivir en la Constitución y en la legislación ecuatoriana, proviene de una idea política anticapitalista, y aporta a las ideas garantistas que trajo consigo el proyecto revolucionario del Presidente Rafael Correa. Como bien jurídico más específico, el COIP establece “el trabajo y la seguridad social”, derechos que busca garantizar el Estado a través de la aplicación de sus ideales de Buen Vivir. Sin embargo, hay que decir que el trabajo no se ve directamente atentado por el hecho de que un empleador no afilie al seguro social a su empleado, pues en estricto sentido el trabajador, independientemente de que esté o no afiliado, podría tener un trabajo con su justa remuneración.

¹²² Alberto Acosta, CONSTRUIR EL BUEN VIVIR – SUMAK KAWSAY, <http://lalineadefuego.info/2013/01/08/construir-el-buen-vivir-sumak-kawsay-por-alberto-acosta/>, ingreso: 18 de marzo del 2014

Por lo tanto, es claro que el bien jurídico se centra en la seguridad social con todo lo que su naturaleza implica, resaltando que como lo ha señalado Angel Guillermo Ruiz, la seguridad social permite que exista la dignidad humana para su pleno desarrollo en la sociedad.¹²³ También hay que retomar que la seguridad social es un componente esencial de lo que se denomina solidaridad y justicia social como principios y metas del sistema de seguridad social, tomando en cuenta que estas son las aspiraciones más importantes del Estado como señala Luis Humberto Abarca Galeas.¹²⁴ De esta manera, el bien jurídico específico que busca proteger el tipo penal de la falta de afiliación, es la seguridad social ampliándose su alcance a los conceptos de solidaridad y justicia social puesto que estos son objetivos principales del Estado y de la misma seguridad social.

Independientemente de lo dicho, desde otra perspectiva, existen otros bienes jurídicos de los que se puede hablar, como la administración pública, los fondos o el patrimonio público, partiendo de que los valores destinados a aportación al IESS son de carácter público y contribuyen a la efectiva administración conducida al bienestar social; los derechos y garantías de los trabajadores que conllevan todos estos elementos; el desarrollo económico social del Estado viéndolo desde la perspectiva del derecho penal económico.

En conclusión, si bien se establecen bienes jurídicos que responden al ideal de Buen Vivir (Sumak Kawsay) el cual actualmente se convirtió en un interés social, y que por su naturaleza pueden haber diversos derechos relacionados, el punto directo en el que se centra el bien jurídico protegido es la seguridad social que engloba derechos como salud, bienestar y trabajo. A la vez, la seguridad social permite que las personas gocen de dignidad en el día a día y que a pesar de encontrarse en situaciones de contingencia, puedan contar con la debida protección que ofrece el sistema de seguridad social y esto les permitirá salvaguardar su dignidad.

¹²³ Ángel Guillermo Ruiz Moreno, Nuevo Derecho de la Seguridad Social, Segunda edición, Editorial Porrúa, México – 1997, Pág. 4

¹²⁴ Dr. Luis Humberto Abarca Galeas, El Estado Constitucional de Derecho y Justicia Social, Editorial Jurídica del Ecuador, Primera Edición, Quito – 2013, Pág. 41

Sin embargo, dentro de la corriente funcionalista de Jakobs, revisada anteriormente, se excluye la protección de un bien jurídico como la finalidad misma de la norma penal, pues en realidad lo que se persigue es la vigencia sistema penal y la íntegra aplicación de la norma a manera de expectativa garantizada¹²⁵. Esto ha sido altamente discutido y contrapuesto por la doctrina, dejando en vigencia la importancia del bien jurídico en la estructura del tipo penal y como componente esencial de la antijuridicidad.

Así como se habla de un elemento objetivo de la antijuridicidad, que vendría a ser la lesión causada al bien jurídico, la doctrina reconoce la existencia de un elemento subjetivo que vendrían a ser los que configuran causas de justificación de la antijuridicidad o en ciertos casos actuarían como atenuantes de la pena como es el caso de exceso en las causas de exclusión de la antijuridicidad reconocido en el artículo 31 del COIP¹²⁶. Para Zaffaroni, estamos frente a un legítimo ejercicio de un derecho, lo que constituye la causa de justificación como tal¹²⁷. Así mismo lo señala Paulina Araujo, añadiendo que en algunas ocasiones se tratan de excusas legales absolutorias de responsabilidad establecidas en normas penales, pero que estas ya no estarían como justificativo de la antijuridicidad sino que están vinculados a la imputabilidad personal del hecho¹²⁸.

Nuestro COIP reconoce en el artículo 30 a tres causas de justificación que son: la legítima defensa; el estado de necesidad; y la orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal. En la infracción de falta de afiliación, hay que revisar si se pueden cumplir en la práctica alguna de las causas de exclusión de la antijuridicidad que reconoce el código.

¹²⁵ García Falconí, Ramiro “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, 2da edición, Quito , Latitud Cero Editores, 2014. Pág. 430.

¹²⁶ Art. 31.- Exceso en las causas de exclusión de la antijuridicidad.- La persona que se exceda de los límites de las causas de exclusión será sancionada con una pena reducida en un tercio de la mínima prevista en el respectivo tipo penal.

¹²⁷ Zaffaroni Eugenio Raul, Estructura Básica del Derecho Penal. 1ed.- Buenos Aires: Ediar, 2009 Pág. 192.

¹²⁸ M. Paulina Araujo Granda, Derecho Penal Económico, Los Delitos Socioeconómicos en la Legislación Ecuatoriana, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010, Pág. 118

La primera causa es el “estado de necesidad”, establecido en el artículo 32 del COIP:

“Art. 32.- Estado de necesidad.- Existe estado de necesidad cuando la persona, al proteger un derecho propio o ajeno, cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos: 1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro. 2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar. 3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho.”¹²⁹

Como indica Ramiro García Falconí, el peligro al que se refiere el numeral primero de, artículo precitado, debe ser permanente y visto desde una perspectiva *ex ante*, para ello debe ser conocido previo a la ejecución de la acción típica que afecta a un bien jurídico, pero que necesariamente está dirigida a salvar a otro¹³⁰. El numeral segundo, se refiere a la proporcionalidad del bien jurídico afectado frente al bien jurídico salvado, para ello es necesario realizar una ponderación de los intereses involucrados en la situación, para lo cual se debe tomar en cuenta:

“...la importancia del bien jurídico lesionado, del que se quería salvaguardar, la forma y la gravedad de su lesión, así como su reparabilidad o irreparabilidad. En las ponderaciones de los males realizados, se tendrán en cuenta las valoraciones ético- sociales y los principios que rigen el ordenamiento jurídico”¹³¹.

Finalmente, el tercer numeral se refiere a la racionalidad de los medios que se empleen, debiendo ser estos los menos perjudiciales. Esto implica que la acción típica a realizarse debe ser la única para salvaguardar el bien jurídico amenazado, pero para ello, el sujeto

¹²⁹ Art. 32 COIP

¹³⁰ García Falconí, Ramiro “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, 2da edición, Quito , Latitud Cero Editores, 2014. Pág. 454.

¹³¹ García Falconí, Ramiro “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, 2da edición, Quito , Latitud Cero Editores, 2014. Pág. 455.

que la comete debe escoger la acción que sacrifique al bien jurídico de menor valor de acorde a los principios sociales y los consagrados en el ordenamiento jurídico.

Frente a la falta de afiliación resulta muy reducida la posibilidad de aplicar esta justificación, aunque es interesante lo que Paulina Araujo señala con respecto a la posibilidad de invocarla en lo que se refiere a delitos socioeconómicos, haciéndonos remitir a jurisprudencia que han elaborado cortes españolas al respecto:

“En el ámbito internacional, el español en concreto, se ha tomado en cuenta tres familias delictivas en las que se ha examinado con cierto detenimiento la procedencia de aplicar esta causa de justificación, como son los delitos de insolvencia, los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social y finalmente las conductas contrarias al medio ambiente; empero la jurisprudencia española ha recurrido a otros sustentos dogmáticos para excluir la responsabilidad criminal y no ha aplicado la causa de estado de necesidad, aunque incidentalmente se haya referido a ella. Por ejemplo en los casos de defraudación tributaria y de defraudación a la seguridad social, la admisibilidad de la causa de justificación del estado de necesidad, al tenor de la opinión doctrinal mayoritaria y algunas sentencias del Tribunal Supremo español, podría ser aplicada en determinados casos frente a crisis económicas; empero, no se puede obviar la dificultad de demostrar una efectiva situación de necesidad, actual e inminente, en donde se privilegia, al fin de cuentas, un bien jurídico de mayor valor.”¹³²

Bajo estos preceptos se puede analizar la posibilidad de que el estado de necesidad que nazca de una grave crisis económica nacional o quiebra individual, que afecte a los negocios y las empresas del país, pueda ser justificativo para que un empleador no afilie al seguro social a uno o varios trabajadores, por no contar con los recursos económicos necesarios para pagar las aportaciones; para esto hay que tomar en cuenta que no es lo

¹³² M. Paulina Araujo Granda, Derecho Penal Económico, Los Delitos Socioeconómicos en la Legislación Ecuatoriana, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010, Pág. 120 - 121

mismo el incurrir en mora con el IESS por no pagar los aportes de los trabajadores o usar esos fondos con una finalidad distinta para suplir pagos indispensables a causa de una inminente quiebra, a no cumplir la obligación de afiliar al trabajador, pues el verbo rector del tipo es el “no afiliar” mas no el “no pagar”, por lo que la falta de afiliación no se justificaría por una causa de crisis económica. Bajo estas circunstancias quedaría descartada la posibilidad de emplear el estado de necesidad, pero no habrá que descartar que en un futuro se invoque a esta figura por causas de índole social o incluso político que afecten al funcionamiento del sistema de seguridad social, pues quedará en manos de la jurisprudencia los avances en este sentido.

Otra causa de justificación es la legítima defensa, establecida en el artículo 33 del COIP:

“Art. 33.- Legítima defensa.- Existe legítima defensa cuando la persona actúa en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, siempre y cuando concurran los siguientes requisitos: 1. Agresión actual e ilegítima. 2. Necesidad racional de la defensa. 3. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho.”¹³³

La legítima defensa presupone una agresión, la misma que puede desprenderse de una omisión cuando el comitente está obligado a actuar de cierta manera en aras de precautelar el bien jurídico que está peligrando¹³⁴. De este modo se deben cumplir los tres requisitos fundamentales para que aplique como causa de justificación del ilícito. El primer requisito es la actualidad y la ilegitimidad de la agresión, entendiendo a la primera como la lesión inminente o persistente de bienes jurídicos y a la segunda cuando esta sea antijurídica, es decir, infrinja al ordenamiento jurídico¹³⁵. El segundo requisito consiste en la necesidad racional de la defensa racionalidad, para la que debemos entender que consiste en la idoneidad de los medios empleados por la víctima para repeler la amenaza,

¹³³ Art. 33 COIP

¹³⁴ García Falconí, Ramiro “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, 2da edición, Quito , Latitud Cero Editores, 2014. Pág. 460.

¹³⁵ García Falconí, Ramiro “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, 2da edición, Quito , Latitud Cero Editores, 2014. Pág. 460.

teniendo este que escoger el medio que menor daño cause al agresor¹³⁶. En cuanto al tercer requisito, consiste en la falta de provocación suficiente de quien actúa en legítima defensa, esto significa que la agresión actual e ilegítima no debe haber sido causada por el agredido a base de provocación; esto es incitar e inducir por medio de actos o palabras para que alguien ejecute una determinada conducta.

El caso de la legítima defensa como causa de justificación de la falta de afiliación al seguro social, queda aún más reducida la posibilidad de su procedencia toda vez que resulta inimaginable una agresión ilegítima que sea eliminada por la posible víctima de la misma a través de la omisión de esta obligación jurídica.

Finalmente, la orden legítima de autoridad competente o deber legal, queda totalmente descartada ya que bajo ninguna circunstancia una autoridad puede desfavorecer los derechos de los trabajadores. El deber constitucional y legal del Estado es el de garantizar el derecho a la seguridad social de todos los ciudadanos; el deber legal del empleador es el de afiliar a sus trabajadores al sistema de seguridad social. Estamos hablando de derechos del trabajador que de conformidad con el artículo 4 del Código del Trabajo son irrenunciables; así mismo hablando en particular del derecho a la seguridad social de todos los ciudadanos, consiste en un derecho irrenunciable y un deber y responsabilidad primordial del Estado de conformidad con el artículo 34 de la Carta Magna. En conclusión, no existiría una legítima manera de emitir una autorización por parte de la administración para que un empleador no afilie a su trabajador.

2.6.4. La Culpabilidad

La culpabilidad es el último elemento que configura el delito penal. Este concepto es el que conecta a la condición subjetiva del sujeto activo de la conducta con el hecho material que constituye la conducta típica y antijurídica. En base a la manera establecida

¹³⁶ ¹³⁶ García Falconí, Ramiro “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, 2da edición, Quito , Latitud Cero Editores, 2014. Pág. 461.

por el artículo 34 del COIP¹³⁷, Ramiro García Falconí elabora una fórmula para poder determinarla, la misma que consiste en que la culpabilidad es la existencia concurrente de la responsabilidad, la imputabilidad y la actuación con conocimiento de la antijuridicidad de la conducta. Para esto, se establece que la responsabilidad penal consiste en la reprochabilidad y la exigibilidad de otra conducta¹³⁸. Para explicar la reprochabilidad, el autor se basa en el aporte de Reinhard Frank para explicar que esta es independiente al dolo y a la culpa con la que el sujeto haya incurrido, pues el reproche como requisito de la culpabilidad debe ser entendido en base a un triple supuesto:

- “1) Una actitud espiritual normal del actor, a lo que se denomina imputabilidad, pues si esta existe en alguna persona su comportamiento antijurídico puede ser convertido, en general en reproche, pero todavía no se puede afirmar que le corresponda un reproche en el caso particular;*
- 2) Una cierta concreta relación psíquica del autor con el hecho en cuestión o la posibilidad de esta conforme lo cual aquel discierne sus alcances (dolo) o bien los podría discernir (culpa);*
- 3) La normalidad de las circunstancias bajo las cuales el autor actúa. Cuando una persona imputable realiza algo antijurídico, consiente de las consecuencias de su accionar puede ser sujeto en general de un reproche, pero lo que es posible en general, en un caso particular puede ser imposible, así no cabe a criterio de este autor (**Reinhard Frank**) la reprochabilidad, cuando las circunstancias concomitantes hayan sido un peligro para el autor o para una tercera persona y la acción prohibida, al ejecutarse podría haberlos salvado”¹³⁹. (Lo que está entre paréntesis y negrilla es mío).*

La exigibilidad de otra conducta en cambio, tiene directa relación con el juicio de reproche y se basa en la posibilidad de actuar de distinta manera por parte del autor. Esta

¹³⁷ Art. 34.- Culpabilidad.- Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

¹³⁸ García Falconí, Ramiro “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, 2da edición, Quito , Latitud Cero Editores, 2014. Pág. 469.

¹³⁹ García Falconí, Ramiro “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, 2da edición, Quito , Latitud Cero Editores, 2014. Pág. 473.

posibilidad, debe responder al nivel de conciencia del sujeto para reconocer la existencia de una alternativa distinta que no incurra en la infracción, pero si dicha conciencia está ausente en el sujeto, no se puede exigir a este una conducta distinta que se apegue al deber social.¹⁴⁰ En pocas palabras, García Falconí lo expone en la siguiente ecuación:

“El contacto entre poder de actuación alternativa y exigibilidad, se convierte en la ecuación central y decisiva para formular el juicio de reproche”¹⁴¹.

La incapacidad para conocer y entender la conducta que no se debe cometer es lo que determina a la vez lo que es la imputabilidad del sujeto, que es otro elemento necesario para la existencia de la culpabilidad. Ante esto, el COIP establece ciertos sujetos que son inimputables como los menores de edad o causas de exculpabilidad.

La actuación con conocimiento de la antijuridicidad es el último elemento de la culpabilidad que se plantea en el código, sobre el cual hay que señalar la obligación y presunción de conocimiento del derecho como un principio que no está reconocido expresamente en el COIP pero como lo señala García Faconí, esto no implica su inexistencia, sino su distinta comprensión, debiendo visualizarlo ahora como una presunción relativa y no absoluta como lo recogía expresamente el Código Penal derogado¹⁴². Esto implica que la admisión de un posible error de prohibición en un caso determinado podría ser aplicado cuando se cumplan los presupuestos necesarios para ello como ya lo revisaremos. Antes, hay que señalar que la esencia de este elemento es la conciencia que debe existir sobre la antijuridicidad al actuar por parte del sujeto de la conducta típica, lo que no incluye al conocimiento de las circunstancias que configuran el tipo penal¹⁴³.

¹⁴⁰ García Falconí, Ramiro “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, 2da edición, Quito , Latitud Cero Editores, 2014. Pág. 475.

¹⁴¹ García Falconí, Ramiro “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, 2da edición, Quito , Latitud Cero Editores, 2014. Pág. 476.

¹⁴² García Falconí, Ramiro “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, 2da edición, Quito , Latitud Cero Editores, 2014. Pág. 479.

¹⁴³ García Falconí, Ramiro “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, 2da edición, Quito , Latitud Cero Editores, 2014. Pág. 479 - 480.

Frente la culpabilidad, en las infracciones de falta de afiliación se las debe analizar por separado, pues estamos refiriéndonos a sujetos activos de distinta naturaleza; en el primer caso de personas jurídicas de las cuales cabe revisar el alcance y circunstancias de su responsabilidad penal; mientras que en la contravención de falta de afiliación se trata de personas naturales, para quienes se siguen los parámetros comunes para la determinación de su responsabilidad y su culpabilidad.

El empleador como persona natural, que no afilia al seguro social a sus trabajadores, por el hecho de administrar un negocio o de realizar una actividad comercial de la que requiere contratar personal, entra en el juicio de reprochabilidad en una posición de desventaja puesto que es deudor de obligaciones laborales de las cuales el derecho de trabajo se encarga de imponerle condiciones y medidas garantizadoras del cumplimiento de las mismas, por lo que en caso de incumplirlas, su responsabilidad sería notoria en el ámbito social. Así se pueden reducir también las posibilidades de incurrir en alguna causa de exculpación que sea aplicable de conformidad con la naturaleza de la infracción como se analizará más adelante.

Con respecto a las personas jurídicas empleadoras y su responsabilidad penal, la doctrina adoptada en el COIP, no se basa en la teoría de Savigny que descarta la responsabilidad penal ya que se basa en la teoría de la ficción, que indica que la persona jurídica carece de voluntad propia y de acción; por lo tanto las actuaciones son de las personas naturales que la conforman y no puede acarrear responsabilidad penal propia¹⁴⁴. Mas bien, como lo señala Xavier Zavala Egas, la doctrina adoptada por nuestra ley penal, está basada en las posturas de Otto Gierke, que marca una notoria diferencia en sus argumentos para demostrar la existencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así lo dice Zavala Egas al exponer esta doctrina:

¹⁴⁴ Xavier Zabala Egas, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Notas al Anteproyecto de Código Penal Integral, Revista Ruptura No. 55, 1ra ed., Quito – 2012, Pág. 217

“La persona colectiva tiene una personalidad real, dotada de voluntad propia, con capacidad de obrar y de realizar ilícitos penales. El ente corporativo existe, es una realidad social. Es sujeto de derechos y deberes, en consecuencia es capaz de doble responsabilidad: civil y penal”¹⁴⁵.

El autor también expone las soluciones que se han planteado ante esta situación, de las cuales se puede extraer para la concordancia con el delito de falta de afiliación, que esta responsabilidad se remite a los delitos de naturaleza económica, en razón de la evolución de las sociedades, definiendo la culpabilidad en estos casos no como un aspecto bio-psicológico sino como un defecto de organización de las empresas que produce la omisión de deberes y de medidas de precaución necesarias para el pleno y legítimo desarrollo empresarial.¹⁴⁶ La Doctora Paulina Araujo explica que esta concepción de responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho Penal Económico, es una respuesta a los cambios y a la aparición de nuevas conductas delictivas en ámbitos como el económico y el ambiental; entre las penas aplicables que sugiere la autora, están la disolución, suspensión e intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de trabajadores, siendo esta última recogida en el artículo 243 del COIP¹⁴⁷.

Evidentemente la concepción de culpabilidad señalada es la que corresponde al caso de la falta de afiliación, que aunque no sea un delito netamente económico, está dentro del ámbito del derecho penal del trabajo que a la vez se conecta con la actividad empresarial, en donde se generan las relaciones laborales y en consecuencia se cometen estas infracciones que en este caso se trata de la omisión de un deber que inclusive contribuye al desarrollo empresarial adecuado y al bienestar social en general.

Frente a las causas de inculpabilidad que presenta el COIP en sus artículos 35, 36, 37 y 38 relativos a casos de: trastorno mental debidamente comprobado, embriaguez o

¹⁴⁵ Xavier Zabala Egas, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Notas al Anteproyecto de Código Penal Integral, Revista Ruptura No. 55, 1ra ed., Quito – 2012, Pág. 217

¹⁴⁶ Xavier Zabala Egas, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Notas al Anteproyecto de Código Penal Integral, Revista Ruptura No. 55, 1ra ed., Quito – 2012, Pág. 217 - 218

¹⁴⁷ M. Paulina Araujo Granda, Derecho Penal Económico, Los Delitos Socioeconómicos en la Legislación Ecuatoriana, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010, Pág. 134 - 141

intoxicación bajo las circunstancias descritas en la norma penal y la edad en el caso de menores de edad cuyo tratamiento especial se regula por las reglas del Código de la Niñez y Adolescencia. A estos se deben sumar la posibilidad del error de prohibición y el miedo insuperable siempre que se cumplan sus presupuestos necesarios. Todas estas causas cumplen con la eliminación de uno de los elementos de la culpabilidad que entran en el juicio de reproche y eliminan la responsabilidad (casos de trastornos mentales, miedo irresistible, de embriaguez o influencia de sustancias), la imputabilidad (caso de menoría de edad) o el conocimiento de la antijuridicidad del actuar (caso del error de prohibición).

Por la naturaleza de la infracción de falta de afiliación al IESS, es necesario empezar descartando a la embriaguez o uso de sustancias como eximente de responsabilidad, atenuante o agravante de la pena según las circunstancias del artículo 37 del COIP.

Con respecto a la inimputabilidad y responsabilidad de los menores de edad, hay que partir de que los contratos de trabajo deben cumplir con los elementos de validez reglamentados en el Código Civil. No obstante, el Código del Trabajo y el Código de la Niñez y Adolescencia le otorgan capacidad legal a los mayores de quince años para contratar laboralmente, pero en base a una interpretación sistemática de la normativa pertinente, se observa únicamente el reconocimiento de dicha capacidad para ejercer el derecho al trabajo, en el sentido de que el menor podrá celebrar estos contratos únicamente en calidad de trabajador. En caso de celebrar contratos en calidad de empleadores, de conformidad con las reglas del artículo 1463 del Código Civil¹⁴⁸ y al artículo 65 numeral primero del Código de la Niñez y Adolescencia¹⁴⁹, estos

¹⁴⁸ Art. 1463.- Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la (sic) persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

¹⁴⁹ Art. 65.- Validez de los actos jurídicos.- La capacidad jurídica respecto a los actos celebrados por niños, niñas y adolescentes se estará a lo previsto en el Código Civil, a excepción de los siguientes casos: 1. Los actos y contratos de los adolescentes que no han cumplido quince años, son relativamente nulos sin perjuicio de la validez que la ley confiera para la celebración de determinados actos;

instrumentos serán objetos de nulidad relativa. Sin embargo, de las obligaciones generadas en estos contratos, al momento de la exigibilidad por cualquier vía, incluyendo la penal, podrá causar que el empleador menor de edad pida a través de sus representantes la declaratoria de nulidad o rescisión del contrato de conformidad con lo dispuesto en el primer inciso del artículo 1700 del Código Civil, entendiendo que este es la parte en cuyo beneficio se ha actuado la nulidad relativa en este caso¹⁵⁰, causando así la retrotracción de las obligaciones generadas hasta antes de la celebración del contrato y en consecuencia, dejando inexistente la obligación de afiliación.

En el caso del trastorno mental como causa de inimputabilidad, es bastante reducida la posibilidad o, mejor dicho, esta dependería en gran medida de la clase de trastorno mental que padezca el sujeto activo. Es decir, para ejercer funciones de empleador por lo general se requieren condiciones psíquicas y físicas adecuadas o por lo menos que aparenten serlo, para que permitan administrar el negocio o la actividad para la que requiere el personal contratado. En la práctica sería bastante improbable que un empleador acusado por esta contravención alegue el padecimiento de un trastorno mental, sin embargo es una figura reconocida expresamente en la ley y dado el caso no se estaría abusando de ninguna norma al invocarla; de todas maneras, considero que en su aplicación, sería mayormente razonable el efecto atenuante de la pena que se prescribe en el segundo inciso del artículo 36 del COIP.

El miedo insuperable del que habla la doctrina y que no se reconoce expresamente en el COIP, tiene relación con la fuerza irresistible, con la esencial diferencia de que no se trata de una fuerza física sino psíquica. Básicamente se trata de amenazas e intimidación que, en palabras de Ramiro García Falconí, se define como:

¹⁵⁰ Art. 1700 Código Civil: “Art. 1700.- La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedido de parte; ni puede pedirse por el ministerio público en solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el transcurso del tiempo o por la ratificación de las partes.”

“...consecuencia subjetiva que proviene de la situación de necesidad en la que hay que elegir entre sufrir un mal o causarlo...”¹⁵¹

Como explica el autor, esta causa se la ubica en lo relacionado con la culpabilidad porque se conecta directamente con la “no exigibilidad de otra conducta”, que es un elemento esencial de la responsabilidad, y que al estar viciado exime de ella. También señala que en caso de no ser este miedo insuperable y por lo tanto ser un miedo “superable”, no actuará como eximente de culpabilidad pero sí como un atenuante de la pena¹⁵². Frente al miedo insuperable, la falta de afiliación sí podría estar afectada, pues cualquier empleador que se encuentre bajo la amenaza de que lesión a un bien jurídico propio o ajeno si es que afilia a uno o varios empleados, podría entendiblemente abstenerse del cumplimiento de esta obligación por el temor de que se produzca el daño anunciado.

Finalmente, frente a la posibilidad de un error de prohibición, como se ha visto anteriormente, dicha figura está aceptada tácitamente por nuestro COIP y se ve plasmada en la tendencia finalista con la que se elaboró nuestra teoría del delito. El error de prohibición en la manera que lo explica Zaffaroni, consiste en errores de conocimiento o de comprensión sobre normas prohibitivas o suposición de justificaciones que no reconoce la ley o que no existe en el caso determinado. El autor indica que a diferencia del error de tipo, el error de prohibición no excluye el dolo de la conducta y que su efecto exculpante surte siempre y cuando el error sea invencible, dejando al error vencible como un atenuante toda vez disminuye la imputabilidad¹⁵³. En el mismo sentido, lo han determinado fallos de tribunales y cortes en el país, como es el caso que cito a continuación:

“El error de prohibición consiste en el poco conocimiento del autor sobre una conducta típica o la antijuridicidad de la conducta. El error de prohibición es

¹⁵¹ García Falconí, Ramiro “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, 2da edición, Quito , Latitud Cero Editores, 2014. Pág. 307.

¹⁵² García Falconí, Ramiro “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, 2da edición, Quito , Latitud Cero Editores, 2014. Pág. 307.

¹⁵³ Zaffaroni Eugenio Raul, Estructura Básica del Derecho Penal. 1ed.- Buenos Aires: Ediar, 2009 Pág. 220 - 221.

cuando el sujeto sabe que existe una norma jurídica que prohíbe una conducta, pero cree equivocadamente que en su caso concreto existe una causa de justificación.”¹⁵⁴

A diferencia del error de tipo, el sujeto que comete la conducta si es conocedor de los elementos objetivos del tipo, y lo que desconoce es la antijuridicidad de la conducta por mal suponer o comprender que en el caso determinado, está actuando en base a una justificación legal o carece total e invenciblemente del conocimiento de esta antijuridicidad.

Para el caso de la falta de afiliación, sumamente reducida la existencia de un error de prohibición puesto que como lo hemos analizado al revisar las causas de exclusión de antijuridicidad, no existía mayor posibilidad legal ni fáctica de aplicación de alguna de estas, por lo que difícilmente se podría ajustar el error a la suposición o mal interpretación de existencia de una causa de justificación. No obstante, Ramiro García Falconí basándose en las enseñanzas de Stratenwerth nos expone dos supuestos en los que existiría también un error de prohibición:

“Aún cuando el autor disponga la capacidad de comprender lo ilícito del hecho, puede suceder el caso en el que esta comprensión quede imposibilitada por razones que pueden derivar de su trayectoria vital (por ejemplo, provenir de otra cultura) o de circunstancias externas (por ejemplo, un asesoramiento jurídico incorrecto).”¹⁵⁵

De estos ejemplos, el que sí podría darse en la práctica laboral sería el error originado en circunstancias externas del asesoramiento legal incorrecto, que conduzca al empleador o a la empresa, de ser el caso a no afiliar a un determinado trabajador basándose en una normativa errónea o inaplicable al caso. De esta manera, como indica el autor, sería

¹⁵⁴ Fallo del Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichinhca, juicio No. 334-2013, Publicado en la Gaceta Judicial 13, 12 de marzo del 2013.

¹⁵⁵ García Falconí, Ramiro “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, 2da edición, Quito , Latitud Cero Editores, 2014. Pág. 480

discutible la admisibilidad del reproche de culpabilidad para el empleador mas allá de las acciones que este pueda seguir en contra de quien mal asesoró.

2.4. Procedibilidad y Condiciones Objetivas Para la Investigación y el Juzgamiento

Antes de la aprobación del COIP, existía una incertidumbre originada en los debates de la Asamblea Nacional, referente a si la conducta de falta de afiliación sería delito o contravención penal. Esta dicotomía ponía también en juego al procedimiento a seguir para su juzgamiento, pues si llegaba a tipificarse a la falta de afiliación como un delito, el procedimiento a seguir sería a través de la acción pública penal seguida por la fiscalía y opcionalmente acompañada de una acusación particular. Al tipificarse finalmente como una contravención, se tendría que sujetar al procedimiento que se establecería en el COIP para el tratamiento de las contravenciones penales. Finalmente, como sabemos, se tipificó esta conducta bajo las dos modalidades de infracciones penales y por lo tanto hay que analizar la materia procesal desde las dos perspectivas.

Al tratarse de la contravención del artículo 244 del COIP, primeramente se debe conocer qué jueces poseen la competencia para juzgar este tipo de infracciones de naturaleza contravencional penal. El Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 231 numeral segundo, entrega la competencia para “*conocer las contravenciones tipificadas en la ley penal ordinaria*” a las juezas y los jueces de contravenciones que ejercerán su competencia en el territorio distrital o cantonal.¹⁵⁶

El Código de Procedimiento Penal (C.P.P.) derogado por la disposición derogatoria segunda del COIP, ya establecía un procedimiento para el juzgamiento de contravenciones, en el cual también dejaba la opción de que el ofendido, a través de una acusación particular reclame una indemnización de daños y perjuicios en un proceso posterior al contravencional ante el juez de contravenciones. Como pautas básicas de este

¹⁵⁶ Código Orgánico de la Función Judicial.

procedimiento, de conformidad con el artículo 394 del C.P.P.¹⁵⁷, se disponía que la iniciativa para las acciones contravencionales podían ser de oficio o a petición de parte y daban la alternativa de realizar acuerdos transaccionales entre las partes cuando se tratase de infracciones que afecten a la propiedad, a la honra o a lesiones que no excedan de tres días de curación.¹⁵⁸

El COIP, para el juzgamiento de contravenciones penales y contravenciones de tránsito, establece en su artículo 641 un procedimiento especial denominado “expedito”. Este a la vez debe sujetarse a las reglas que dispone el artículo 642 del mismo cuerpo normativo en el que se establece el procedimiento para el juzgamiento de las contravenciones penales en general, puesto que en la misma ley se establecen procedimientos específicos para determinadas contravenciones como lo son las cometidas contra la mujer o miembros del grupo familiar (Art. 643) o las de tránsito (Art. 244).

De conformidad con el artículo 641 del COIP¹⁵⁹, podemos encontrar a los sujetos procesales en un juicio de contravenciones: se habla de la víctima y el denunciado. Como víctima en el caso de la falta de afiliación, se puede entender que es el trabajador, pero qué papel jugaría el Estado en este proceso; pues hay que recordar que el Estado es otro ofendido en el caso de falta de afiliación, por lo tanto ¿cómo podría este proceder con la acción penal cuando la ley se refiere a sujetos procesales como víctima y denunciado? Y cabe mucho más este cuestionamiento cuando se puede ver en el numeral primero del artículo 642 del COIP que las contravenciones serán juzgadas a petición de parte a diferencia de la opción que ofrecía el Código de Procedimiento Penal derogado para juzgar de oficio a las contravenciones. Entonces ¿cómo el Estado podría ejercer la acción penal cuando se encuentre frente a un caso de contravención de falta de afiliación o de cualquier otra infracción que se someta al mismo procedimiento?. Pues de la manera

¹⁵⁷ Art. 394.- Iniciativa.- Las contravenciones pueden juzgarse de oficio o a petición de parte.

¹⁵⁸ Código de Procedimiento Penal derogado con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal.

¹⁵⁹ Art. 641.- Procedimiento expedito.- Las contravenciones penales y de tránsito serán susceptibles de procedimiento expedito. El procedimiento se desarrollará en una sola audiencia ante la o el juzgador competente la cual se regirá por las reglas generales previstas en este Código. En la audiencia, la víctima y el denunciado si corresponde podrán llegar a una conciliación, salvo el caso de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. El acuerdo se pondrán en conocimiento de la o el juzgador para que ponga fin al proceso.

expuesta por el COIP, la presentación de denuncia por la parte afectada en estos casos vendría a ser un requisito o cuestión de procedimiento fundamental para que el procedimiento expedito para contravenciones sea válido.

Una vez presentada la petición al juez de contravenciones, continuará lo dispuesto en el numeral tercero del artículo 642 del COIP, el mismo que mantiene que con la antelación de tres días a la audiencia de juzgamiento, las partes deberán anunciar sus pruebas con excepción de los casos que se trate de flagrancia. Para ello hay que recordar que la norma sustantiva que tipifica esta infracción, da la posibilidad de que el empleador cumpla con el pago de todas las cuotas adeudadas por motivo de falta de afiliación, en el término de cuarenta y ocho horas posteriores a su notificación. De no cumplir con este pago, se procedería con el procedimiento expedito establecido, por lo que dicho incumplimiento constituye otro presupuesto procesal.

De conformidad con el numeral cuarto del artículo 642 del COIP, será legal la detención del procesado (el empleador) en el caso de que no comparezca a la audiencia, con la finalidad única de llevar a cabo el juzgamiento. Esto da la garantía de que se pueda dar un proceso eficaz y que no se intente dilatar el proceso fraudulentamente. Para ello también el juzgador podrá rechazar cualquier incidente que atente contra la celeridad del proceso conforme lo manifiesta el numeral octavo del mismo artículo.

Por otro lado, el ejercicio de la acción penal y el procedimiento a seguir frente al delito de falta de afiliación tipificado en el artículo 243 del COIP, en el que se refiere al caso de un delito cometido por una persona jurídica cuya pena consiste en una multa e intervención de la entidad de control con el fin de precautelar derechos del trabajador, se entendería que es el procedimiento penal de acción pública ordinario, toda vez que en la ley no se creó un procedimiento especial para el juzgamiento penal de personas jurídicas y por lo tanto se deben seguir las reglas generales aplicables para todas las infracciones tipificadas. Sin embargo se aplicarían para la procedibilidad los mismos requisitos y presupuestos que para la contravención.

De igual manera, al ser una infracción sancionada con una pena menor a diez años de privación de libertad, una vez iniciado el procedimiento penal ordinario, cabría la posibilidad de emplear el procedimiento abreviado previsto desde el artículo 635 hasta el 639 del COIP.

Para que se aplique el procedimiento abreviado, se deberán cumplir las reglas del artículo 635 del COIP con sus requisitos de procedibilidad y cuestiones del proceso sintetizados por la Doctora Paulina Araujo de la siguiente manera:

“REQUISITOS:

- a) Propuesta de aplicación del proceso por parte del Fiscal desde la audiencia de formulación de cargos hasta la audiencia preparatoria de juicio. La propuesta incluye un acuerdo de la calificación jurídica del hecho punible y una pena menor (no menos del tercio de la pena mínima del tipo penal).*
- b) Procesado debe consentir expresamente su aplicación, lo acredita con la firma de su defensor (privado o público), además debe admitir el hecho que se le atribuye.”¹⁶⁰*

Para todos los casos de falta de afiliación, tanto los previstos en el artículo 243 como en el 244 del COIP, las condiciones y los elementos objetivos para la investigación, partirán de los sistemas y registros manejados por entidades como el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y el Ministerio de Trabajo una vez que se empleen los presupuestos procesales para que inicie el proceso penal que corresponda, ya sea la presentación de las denuncias, la petición, la investigación por iniciativa del fiscal, un informe de control o supervisión de la autoridad competente o una providencia en proceso judicial en materia laboral (sin que exista requisito de prejudicialidad).¹⁶¹

¹⁶⁰ M. Paulina Araujo Granda, CONSULTOR PENAL – COIP – Flujogramas Prácticos de Procesos, Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), Quito 2014, Pág. 4

¹⁶¹ Art. 581 del Código Orgánico Integral Penal.

Finalmente, con respecto a la prescripción de la acción penal en los casos analizados referentes a la contravención, se deberán observar a las normas establece el COIP, específicamente en disposición que consta en el artículo 417 numeral sexto:

“Art. 417.- Prescripción del ejercicio de la acción.- La prescripción podrá declararse por la o el juzgador, de oficio o a petición de parte, de acuerdo con las siguientes reglas:

6. En el caso de contravenciones, el ejercicio de la acción prescribirá en tres meses, contados desde que la infracción se comete. De haberse iniciado el proceso por una contravención, la prescripción operará en el plazo de un año, contados desde el inicio del procedimiento.”¹⁶²

En cuanto a la prescripción del delito de falta de afiliación, no se prevé posibilidad puesto que no hay pena privativa de libertad y por consiguiente no se prevé una regulación en el artículo 417 del COIP. Sí se establece en el artículo 418 la posibilidad de extinción de la acción penal de la siguiente manera:

“Art. 418.- Extinción de la acción penal por infracciones sancionadas con multa.- El ejercicio de la acción penal por infracciones sancionadas con multa, se extinguirá en cualquier estado del proceso por el pago voluntario del máximo de la multa correspondiente a la infracción.”¹⁶³

En todos los casos en los que se no inició ya un proceso penal, tanto el juzgador que declare la prescripción de oficio, como quien solicite dicha declaración conforme a la norma citada, deberá tomar en cuenta que al ser una infracción continua; en concordancia con lo dispuesto en el numera tercero, literal “c” del artículo 417 del COIP; la prescripción deberá contarse desde el momento en que la conducta cese, es decir, desde que el empleador afilie por fin a su trabajador, o desde el momento en que la relación laboral cese por cualquiera de las causas legales o intempestivas.

¹⁶² Art. 417 del Código Orgánico Integral Penal.

¹⁶³ Art. 418 del Código Orgánico Integral Penal.

CAPÍTULO III

TOMA DE POSICIÓN

Con todos los puntos tratados al estudiar la falta de afiliación al seguro social como una infracción penal que es producto de una conducta omisiva de los empleadores, ahora es el momento de valorar los aspectos de importancia que se han planteado. Poder extraer las ventajas, las desventajas, determinar la necesidad de intervención penal frente a la conducta criminalizada y la legitimidad de la misma bajo la observancia de los distintos principios del derecho penal que se han mencionado en el capítulo primero.

3.1. Legitimidad y Compatibilidad de la Conducta Frente a Las Corrientes Penales y Ante Los Preceptos Constitucionales y la Planificación Gubernamental; Necesidad de Recurrir al Derecho Penal

La legalidad vista desde un plano general, queda correcta y debidamente establecida con la sola promulgación de la ley después de haber seguido el proceso de creación legislativa establecido en la Constitución. Pero lo que también hay que tomar en cuenta, es la importancia y el papel de la figura de legalidad para lograr conseguir la legitimidad de una medida reguladora mediante una norma legal. El término legitimidad engloba un contenido más abstracto y subjetivo que el de legalidad, pero es importante observar esta premisa más a fondo para determinar si la ley es suficiente elemento para legitimar la falta de afiliación.

La esencia del garantismo penal que como lo muestran autores como Luigi Ferrajoli, está en la correcta implementación del Estado de Derecho, con la finalidad de limitar poderes y aplicar un derecho penal mínimo por un lado y por otro la garantía de derechos fundamentales sobre cualquier otro asunto.¹⁶⁴ Lo que evidentemente aplicó el Estado

¹⁶⁴ Rodolfo MORENO CRUZ, EL MODELO GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI. LINEAMIENTOS GENERALES, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/120/art/art6.htm>, ingreso: 27 de mayo del 2014.

ecuatoriano frente a la teoría del garantismo penal, fue el proteger a un derecho fundamental que es el de la seguridad social, que significa a la vez la protección de varios bienes jurídicos, a través de la creación de una norma legal que tipificó a la falta de afiliación al seguro social por parte de un empleador a su trabajador en relación de dependencia, sin haber intentado previamente adoptar otra clase de medidas administrativas o judiciales, en definitiva medidas extrapenales para tratar de hacer efectiva la afiliación e imponer penas más fuertes y políticas más eficaces para asegurar la vigencia de la norma antes que la protección de algún bien jurídico, obedeciendo de esta manera a la corriente funcionalista. Esto fue lo que en un principio, indudablemente rompía el carácter de ultima ratio del derecho penal, puesto que pueden existir medidas efectivas que ni siquiera se las intentaron aplicar ya que se mantuvo un trámite administrativo que no surtía los efectos deseados. Esta inconsistencia es lo que en un plano general, violaba contra los principios de mínima intervención penal consagrados en la Constitución y en la ley, lo cual podría ser causa material de una deslegitimación de la medida adoptada por el Estado y la ley penal que tipifica dicha conducta.

Desde otra perspectiva de la legitimidad, autores como Ferrajoli consideran que la legitimación parte de dos dimensiones distintas del concepto de legalidad, como lo señala Rodolfo Moreno Cruz al citar a Ferrajoli:

“Ahora bien y por lo que se refiere a la segunda idea (revisión de los alcances de la legalidad), Ferrajoli, de nueva cuenta, nos invita a pensar esta conceptualización como una nueva forma de ver al Estado de derecho: un Estado de derecho garantista y recogido por los Estados constitucionales donde la mera legalidad y la estricta legalidad son sus fuentes de legitimación. En palabras del autor:

En todos los casos se puede decir que la mera legalidad, al limitarse a subordinar todos los actos a la ley cualquiera que sea, coincide con su legitimación formal, mientras la estricta legalidad, al subordinar todos los actos,

incluidas las leyes, a los contenidos de los derechos fundamentales, coincide con su legitimación sustancial (DR, 857).”¹⁶⁵

Según este criterio que se separa de las tendencias positivistas del derecho, la mera legalidad o legitimidad formal, se cumple con la simple promulgación de la ley por la vía preestablecida para ello, como lo había señalado; pero esta vía no consigue la legitimación total, pues para Ferrajoli existe otra dimensión de estricta legalidad que, en concordancia con mi criterio relativo al “ámbito más abstracto y subjetivo”, el del autor consiste en la armonización del contenido de la ley con los derechos fundamentales consagrados en el ordenamiento jurídico, lo cual cumple con la legitimación sustancial. Como consecuencia debemos entender que la norma que no cumpla con una de estas dos dimensiones de la legitimidad, no será totalmente legítima o su legitimidad estará viciada.

Conforme lo expuesto, hay que reconocer que la legitimación formal de la falta de afiliación al IESS ha quedado saneada con la promulgación siguiendo el debido proceso legislativo del COIP, y también hay que reconocer que partiendo de la concepción de que la seguridad social es un derecho humano fundamental tal como lo manifiestan los instrumentos internacionales y la Constitución de la República, esta medida adoptada obedece a los presupuestos para obtener una legitimación sustancial según el criterio de Ferrajoli. Por lo tanto la legitimación de la falta de afiliación al IESS como figura de protección penal, revisándola desde esta perspectiva sería total y completa toda vez que cumple con la legitimación formal y la sustancial. Pero, desde otro punto de vista, esta legitimación sustancial podría verse atentada con respecto a la existencia de un conflicto entre los principios garantistas de mínima intervención y última ratio del derecho penal, que son preceptos consagrados tanto en la Constitución como en la Ley; en este caso, la legitimación total no existiría.

Al encontrar estas posibles incongruencias es oportuno hacer mención a la técnica legislativa como herramienta de los asambleístas para fabricar leyes adecuadas formal y

¹⁶⁵ Rodolfo MORENO CRUZ, EL MODELO GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI. LINEAMIENTOS GENERALES, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/120/art/art6.htm>, ingreso: 27 de mayo del 2014.

materialmente, que según la Doctora Paulina Araujo, debe cumplir con una premisa mayor consistente en la respuesta de la norma a las necesidades sociales, pero además debe responder también a una premisa menor que como lo expone la autora consiste en lo siguiente:

*“La **premisa menor** por su parte, se vincula directamente con el conocimiento de la estructura del Estado, las políticas gubernamentales adoptadas en determinada área, así como el manejo íntegro de las normas que conforman la Constitución, con especial énfasis a los valores axiológicos propios de un Estado de Derecho.”¹⁶⁶*

La técnica legislativa aplicada en el proyecto de ley del COIP no era la más adecuada ya que, al reducir la categoría de la infracción penal de falta de afiliación al IESS, de delito a contravención, fue una manera de minimizar esa posible incongruencia y rectificar de cierta forma la técnica legislativa aplicada.

Con respecto a la premisa mayor a la que se refiere Paulina Araujo, es importante señalar en el Ecuador era algo común que los empleadores no afilien a todos o a algunos de sus trabajadores, cuestión que se transformó en una mala costumbre de los empleadores, sobre todo en los casos de trabajos de salarios bajos o de contratos de trabajo precarios. Frente a estos hechos, se implementó la medida de tipificar dicha conducta, planteándola previamente en consulta popular. El autor Reyes Rodríguez Mondragón al hablar de las leyes y su proceso de creación, manifiesta:

“Las leyes son parte de estas instituciones formales que poseen elementos de obligatoriedad que garantizan su eficacia, independientemente de ser posible su cumplimiento voluntario, a través de mecanismos legítimos de coacción. Y, suponer que éstas están dirigidas a espacios de intercambio entre actores con intereses propios en donde se pueden generar conflictos, y que la regulación de

¹⁶⁶ Paulina Araujo, Análisis del sentido y alcance de la técnica legislativa y las nuevas formas de criminalidad en el Ecuador, Ratio Decidendi, Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2012, Pág. 64

esas conductas puede analizarse dentro de un esquema de política legislativa, fortalece la idea de que un buen proceso legislativo debiera resultar en el diseño de leyes que reflejen realidades, sean de carácter económico, político o social, y que prevengan soluciones a futuras controversias o intercambios. Pensar en soluciones anticipadas de conflictos y la posibilidad de nuevos intercambios es, en principio, una cuestión compatible con la exigencia de instituciones eficientes, óptimas en términos de incentivos y de definición de derechos de propiedad.”¹⁶⁷

En el caso de la falta de afiliación, si bien es una norma legal que responde a una realidad principalmente social y económica, también existe un contenido netamente político puesto que su elaboración también refleja y obedece a un proyecto que mantiene el gobierno de acorde a sus ideales y sus lineamientos que responden a dicha causa; inclusive, es ese contenido político el que originó a esta norma legal a través de un planteamiento del Presidente de la República en la consulta popular elaborada en el año 2011.

Entonces si existen tales realidades a las que se refieren los autores, existe también una correcta aplicación de técnica legislativa, más allá de la armonía o desarmonía con los principios de derecho penal mínimo, mínima intervención del derecho penal o ultima ratio del derecho penal. Pues las realidades existen pero las medidas exageradamente drásticas para castigar una conducta que anteriormente no se la consideraba criminal ni se la trataba penalmente, pueden afectar e influir también en esas realidades, y por ende en la aplicación de la técnica legislativa. Así podemos verificar que la técnica legislativa cumple un papel sumamente importante a la hora de hablar de la legitimación, en vista de que es el elemento aplicado para en lo posterior hablar de mera legalidad, estricta legalidad y lo que esto implica. La técnica legislativa debe ser correctamente aplicada en todas sus faceta dada su indiscutible importancia. Paulina Araujo al respecto manifiesta:

¹⁶⁷ Reyes Rodríguez Mondragón, El Proceso de Producción Legislativa, un Procedimiento de Diseño Institucional, Elementos de la Técnica Legislativa – MIGUEL CARBONELL - SUSANA THALÍA PEDROZA DE LA LLAVE, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000, Pág. 81

“Como se puede ver, la técnica legislativa parte de los hechos y valores sociales, los relaciona con la norma jerárquicamente superior y así, a través del lenguaje jurídico adecuado, expresa la voluntad del soberano –el pueblo–; el cual, al haber nombrado democráticamente a las autoridades del poder legislativo, debe acatar todas las regulaciones que emanen de este órgano estatal. Claro está que pueden existir falencias en las normas, pero en todo Estado se ha previsto los mecanismos legales necesarios para declarar su inconstitucionalidad o proceder a su reforma, lo que se entiende, será en casos excepcionales.”¹⁶⁸

Partiendo del origen de la ley, se debe entender que a la los asambleistas, en ejercicio de sus potestades legislativas que les otorga la norma suprema, son los representantes y delegados pueblo para crear las normas que se encargarán de optimizar y fabricar las vías para que se cumplan los enfoques constitucionales, la prevalecencia de los principios y protección de derechos consagrados. En virtud de que las leyes se originan desde este órgano legislativo, no existe ilegitimidad formal conforme se ha podido verificar, pero el punto de quiebre que origina el debate a una posible ilegitimidad de acorde a lo analizado, es precisamente lo que tiene que ver con la legitimidad sustancial, puesto que, si bien la norma legal que criminaliza la conducta de falta de afiliación responde a la protección de un derecho fundamental, también contradice algunos principios que desde una perspectiva neoconstitucional, hacen también el papel de normas de directa aplicación y por lo tanto su importancia es de una jerarquía similar al de las normas que protegen derechos fundamentales en la Constitución, pues hay que tener presente que dichas normas también obedecen a una cadena de principios del rango constitucional. Para entender mejor lo expuesto desde el punto de vista neoconstitucionalista, es pertinente revisar la siguiente cita del profesor Salim Zaidán:

“Según el neoconstitucionalismo, en el plano dogmático, las constituciones ahora están colmadas de principios, ya no de reglas. Las reglas o normas hipotéticas según FERRAJOLI, expresión más relevante del positivismo, son desplazadas por

¹⁶⁸ Paulina Araujo, Análisis del sentido y alcance de la técnica legislativa y las nuevas formas de criminalidad en el Ecuador, Ratio Decidendi, Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2012, Pág. 64 - 65

*los principios o normas téticas, que constan en constituciones abiertas que necesitan de indeterminación, ambigüedad y generalidad como instrumentos de desarrollo del margen de maniobra del juez que tiene que interpretar el derecho elaborado por el legislador. Promovieron la positivización de principios y derechos como condición de legitimación del sistema jurídico y político pero sobre todo como rasgo descriptor de una constitución de corte neoconstitucionalista.”*¹⁶⁹

Frente a los corrientes funcionalistas y finalistas del derecho penal, la legitimidad de la criminalidad de esta conducta se puede reflejar fácilmente, en el primer caso, entendiendo que la afiliación al seguro social cumple con un sistema de normas que favorece significativamente al orden y al correcto funcionamiento de la sociedad, partiendo de una medida estricta que se basa en la amenaza de castigo para quien incurra en la conducta prohibida y perjudicial para el sistema. Desde el punto de vista finalista en cambio, se puede considerar, partiendo del análisis de la conducta, su tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad realizado en el anterior capítulo, se puede observar que se cumplen las condiciones de una infracción penal al existir la posibilidad de concurrencia de todos los mencionados elementos que requiere esta corriente, inclusive aceptando la posibilidad del error por mas restringida que sea en la práctica toda vez que la conducta va conducida a causar el daño o poner en peligro a la seguridad social de los trabajadores, es decir, es una conducta netamente dolosa.

Enfocándome en la mera compatibilidad o situación de la medida penal adoptada frente a las corrientes y principios mencionadas en el primer capítulo, en un plano apartado de la legitimidad formal y material, cabe hacer las siguientes observaciones pertinentes.

La exigibilidad de los derechos es un medio óptimo de protección de los mismos para lo cual el sistema de garantías constitucionales nos brinda varias garantías jurisdiccionales que se las podría poner en funcionamiento cuando cualquier ciudadano se encuentre en

¹⁶⁹ Salim Zaidán, ¿Neoconstitucionalismo en el Ecuador?, Ruptura N.- 54, Editora Jurídica Cevallos, Quito – 2011, Pág. 162

una situación de vulnerabilidad de derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales en materia de derechos humanos, incluso existe la opción de solicitar medidas cautelares para impedir o evitar la violación o la amenaza contra los derechos antes referidos de conformidad con la Constitución y con lo que dispone el artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Estos mecanismos de garantías jurisdiccionales, también tienen que cumplir ciertos requisitos que establece la ley para que sean procedentes. En un principio se podría entender que interponer una acción de protección sería un mecanismo que un trabajador puede utilizar cuando se encuentra en una situación en la que su empleador no le ha afiliado al seguro social, pues estaría frente a una violación de un derecho consagrado constitucionalmente y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, pero este modo de ejercicio del derecho de acción se encontraría en conflicto toda vez que, como lo establece el artículo 40 numeral tercero de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no se puede presentar una acción de protección cuando exista un mecanismo judicial eficaz y adecuado para proteger el derecho que se encuentra bajo amenaza o violación. Al haberse tipificado la falta de afiliación como una infracción penal y por ende haberse establecido un mecanismo de protección por medio de la vía judicial distinto a los preexistentes, de cuya eficacia aún no somos testigos, se está objetivamente descartando la opción de recurrir a una acción de protección en estos casos. No estaría excluida la posibilidad de presentar una acción de protección si no se hubiera tipificado la conducta, puesto que la vía administrativa no es un medio judicial de protección, al que se refiere el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Es por esta razón que los mecanismos que existían para proteger el derecho de seguridad social cuando se trate de un caso de falta de afiliación, a través de la vía procesal constitucional ya no son métodos garantistas para lograr la protección. Por el contrario, se ha adoptado un mecanismo garantista para la protección de este derecho a través del procedimiento judicial penal, lo que responde más a la corriente funcionalista y al concepto de garantismo al que se refiere Luigi Ferrajoli en la medida que el Estado

recurre al ejercicio de su potestad punitiva con el fin de garantizar un derecho.¹⁷⁰ Por lo tanto, el Estado con sus ideales, su estructura garantista de derechos y su preocupación por el bienestar social, ha actuado correctamente al brindar un mecanismo de protección del derecho de seguridad social, que aunque excluya al previsto constitucionalmente e incluya la participación del derecho penal, está determinadamente dirigido a cumplir un fin de óptima protección, por lo que desde este punto de vista, no es una medida que se la pueda considerar de incorrecta. Sin embargo, hay una clara contraposición entre el garantismo, que implica un derecho penal mínimo que tipifica la menor cantidad de infracciones penales posibles; y el funcionalismo, que en cambio protege derechos a través de la tipificación de conductas. Es una cuestión bastante controvercial que estas dos figuras cohabiten en un mismo sistema penal.

Una posible explicación para la propuesta y la adopción de este tratamiento penal en lugar de los otros mecanismos de garantía, proviene de que uno de los importantes objetivos y de las metas que se plantearon en el Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013 como se revisó, fue el de conseguir un mejor funcionamiento y un mayor número de afiliados al seguro social en la población, por lo que evidentemente el gobierno cayó en un apuro al encontrarse frente a una sociedad en la que no se acostumbraba afiliar, sino por el contrario, se buscaban alternativas para evadir o evitar la obligación de afiliación de los trabajadores por parte de los empleadores. Estos hechos no eran en su mayoría reclamados por los trabajadores con excepción de aquellos casos que terminaban en juicios laborales por despidos intempestivos o por otras razones; ni tampoco se presentaban garantías jurisdiccionales al respecto. Existe una jurisprudencia en la que se plantea una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional, en contra de la Segunda Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, pero en esta se discute sobre la valoración de la prueba sobre la falta de afiliación, que supuestamente no fue tomada en cuenta en el juicio laboral, recurso que la Corte Constitucional rechaza motivadamente.¹⁷¹

¹⁷⁰ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, 9a ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 852.

¹⁷¹ Fallo Corte Constitucional, Recurso Extraordinario de Protección 84, Registro Oficial Suplemento 130 de 25 de Noviembre del 2013.

De acorde al escenario expuesto, el Estado se encontraba comprometido en el cumplimiento de su deber jurídico de garantizar la seguridad social, por lo que el gobierno nacional, bajo esta presión, en el año 2011 propuso en consulta popular la criminalización de la falta de afiliación para de esta manera “legitimar” la adopción de un tratamiento penal y proceder con este método garantizador de derechos.

Entrando en el campo estrictamente penal, nos habíamos referido a algunos de los principios importantes que se podrían encontrar en conflicto con las políticas y los ideales de donde surgieron las medidas adoptadas y conllevaron a la criminalización de la falta de afiliación al IESS.

De conformidad con el principio de legalidad y de irretroactividad de la ley, todos los infractores por no afiliar al IESS a sus empleados, que hayan cometido esta conducta antes de los 180 que contados a partir del 10 de febrero del 2014 (fecha en la que entró en vigencia el COIP, no cometieron la contravención ni el delito penal que se tipifica en los artículos 243 y 244 del COIP; y por lo tanto no se someten a estas disposiciones legales. Únicamente quienes hayan cometido esta conducta una vez transcurrido la etapa de transición señalada en el COIP, es decir a partir del 10 de agosto del 2014, serán sujetos activos y podrán ser procesados por el cometimiento de esta infracción. En razón del principio de favorabilidad, no existía previamente una norma penal para regular el presente objeto, por lo que no hay la presencia de dos normas penales en conflicto, lo que implica que en todos los casos que corresponda, se aplique la norma penal a partir de su vigencia.

“El respeto histórico al ámbito de lo prohibido” que expone el profesor Zafaroni, es un aspecto que, en concordancia con el principio de “razonabilidad”, deja algo que pensar con respecto a la criminalización de la falta de afiliación. Pues estamos hablando de una conducta que ha sido ilegal y prohibida por las leyes desde mucho antes que se haya impuesto la prohibición penal. Sin embargo, se podría decir que la conducta referida era cometida por los empleadores de un modo bastante cotidiano, más allá de que si existían mecanismos de sanción a través de instituciones como el Instituto Ecuatoriano de

Seguridad Social o el Ministerio de Trabajo. En tal sentido, al establecerse una prohibición penal para una conducta cotidiana, se estaría quebrantando al respeto histórico de lo prohibido puesto que la doctrina de Zafaroni sostiene que el derecho penal debe mantener el límite histórico de la prohibición cuando se trate de casos como estos.¹⁷² Como consecuencia, la prohibición penal pierde racionalidad puesto que no responde a una realidad histórica de la sociedad en la que se la implementa.

Con respecto a los principios de necesidad y lesividad revisados antes, es necesario plantearse el siguiente cuestionamiento: ¿Fue estrictamente necesaria la tipificación de la infracción penal para proteger al bien jurídico de la seguridad social?. Pues si se habla de economía del derecho penal, entendemos que la mínima tipificación de delitos sería lo más adecuado; en este caso se pretende proteger un bien jurídico que se lo podría asegurar a través de medidas extrapenales sin la necesidad de recurrir a aplicar una sanción penal. Por otra parte, para que se aplique el principio de lesividad es necesaria la existencia de un daño material al bien jurídico, lo cual seguramente no se dé en todos los casos de falta de afiliación dadas las circunstancias en las que el trabajador no haya requerido de los servicios del IESS por no encontrarse en una situación contingente en las que deba actuar el seguro social. En el caso planteado no existiría el daño material al bien jurídico pero sin embargo la ley castigaría al empleador por el simple hecho de no haber afiliado a su trabajador conforme a cómo se ha planteado el tipo penal. Esto nos hace ver que la presente infracción no depende de un resultado, pues su consumación se da anticipadamente, entonces se trata de una infracción cuyo resultado es el perjuicio que se produce a la víctima por no entregar sus aportaciones al seguro social, además del peligro al que se somete al no estar cubierto en caso de las contingencias que corresponden a la seguridad social.

El principio de necesidad queda sujeto al cuestionamiento planteado, al igual con el carácter de ultima ratio del derecho penal, la mínima intervención y el derecho penal mínimo. Para sancionar la falta de afiliación al IESS, se pudieron haber tomado medidas más drásticas a través otras ramas del derecho, sin la necesidad de la intervención del

¹⁷² Zaffaroni, Eugenio Raúl, Estructura Básica del Derecho Penal. 1ª ed.- Buenos Aires: Ediar, 2009, Pág. 43.

derecho penal para así no recaer en una cuestión que no concuerda con el principio de mínima intervención penal consagrado en el artículo tercero del COIP, ni con el derecho penal mínimo reconocido en el artículo 195 de la constitución. Pero según lo que se ha planteado conforme a los ideales garantistas como se ha podido ver, las medidas adoptadas parecen ser correctas. Es aquí en donde considero que se produce una contradicción: se ubican en una balanza, por un lado los ideales y los principios garantistas sobre los que se construyó el actual Estado, y por otro lado los principios de aplicación del derecho penal que en teoría forman parte de esta estructura estatal pero que como podemos ver, en la práctica se encuentran en ciertos casos conflictos de compatibilidad.

Frente a esta situación hay hacer la siguiente reflexión: Por un lado tenemos un Estado cuyo gobierno sigue un conjunto de ideales garantistas y protectores de derechos, sobre todo de aquellos derechos sociales que persiguen el bienestar social y el buen vivir, para ello es fundamental el garantizar el derecho a la seguridad social y a la dignidad para el logro del desarrollo personal de cada individuo de la sociedad. Por el otro lado, tenemos una política de derecho penal mínimo que es propia de un Estado de Derecho y que por su esencia no se separa de los ideales garantistas del gobierno, mas bien corrobora con estas políticas ya que pretende reducir o eliminar el abuso del poder punitivo del Estado y busca la seguridad jurídica, la protección contra posibles violaciones de derechos humanos por parte de los organismos del Estado en contra de los habitantes. A pesar de esto, ambos preceptos se encuentran en conflicto cuando el Estado, en su afán por conseguir la protección de un bien jurídico procede con la criminalización de conductas nuevas, cuyo tratamiento, a priori, podría ser llevado por otros caminos ajenos al tratamiento penal y así evitar la contraposición de principios y mas bien dirigirlos por un mismo camino.

En aplicación de tal reflexión al caso, el gobierno en su afán de garantizar la seguridad social como parte de su proyecto político y también en aras de precautelar las garantías que ofrece el derecho penal mínimo consagrado constitucionalmente, pudo haber creado un sistema más eficiente o simplemente reforzar el ya existente, imponiendo medidas

más rígidas en cuanto a sanciones y sobre todo vigilancia del cumplimiento si lo consideraba necesario, pero por medio de la misma vía administrativa que implica la utilización de todos los recursos y métodos coactivos con la que cuenta la administración. Adicionalmente, se pudo emprender campañas comunicacionales y publicitarias en las que se incentive la afiliación de trabajadores, tal como se ha hecho en el ámbito tributario y en otros aspectos sociales de la vida cotidiana para que la población cumpla con la ley y deje a un lado conductas perjudiciales y malos hábitos que violentan contra el orden público y la vida en armonía. A la vez, se impulse a los trabajadores a la exigencia de sus derechos y de su afiliación, ofreciéndoles facilidades para reclamar el incumplimiento de sus empleadores. Estos son medios que al gobierno evidentemente le ha dado resultados positivos para la administración pública. Todas estas medidas, frente a una conducta que históricamente no se la ha considerado delictiva, pudieron haber sido aplicadas para la consecución de las metas del gobierno sin la necesidad de quebrantar principios y no comprometer a otros como el carácter de ultima ratio y el derecho penal mínimo. En el presente caso, al existir estas otras posibles medidas, no se ve el Estado forzado a utilizar al derecho penal de conformidad con lo que buscan los principios de mínima intervención penal, ultima ratio, necesidad. A la vez, en aplicación de las supuestas medidas alternativas que tenía el Estado, hubiese obedecido a los ideales garantistas para lograr acercarse al bienestar, al buen vivir y al cumplimiento de su obligación primordial con los habitantes en lo relativo a la seguridad social.

3.2. Ventajas y Desventajas de la Criminalización de la Falta de Afiliación al IESS

De todos los puntos que se han revisado en el presente trabajo, sobre todo de lo que tiene mayor relación con aspectos sociales, económicos y de armonía del ordenamiento jurídico con inclusión de los principios consagrados y la planificación, mencionaré a continuación algunas de las principales ventajas y desventajas que muy probablemente se podrán percibir de la criminalización de la falta de afiliación al IESS para los trabajadores.

Ventajas:

- Adopción de una medida que fortalece la protección de un bien jurídico importante como lo es la seguridad social, optimizando así premisas establecidas en instrumentos internacionales y el ordenamiento jurídico interno.
- Optimización de varios principios consagrados en nuestro orden jurídico que trazan la línea por la que deben dirigirse las políticas y las medidas de desarrollo social en el país, como lo es la justicia social, la solidaridad, la eficiencia y muchos otros aspectos de importancia.
- Reducción del número de trabajadores desafiados al seguro social y por lo tanto impedidos del acceso al auxilio del mismo cuando se encuentren en alguna de las circunstancias de contingencia reconocidas en la Ley de Seguridad Social.
- Creación de un medio de exigibilidad para los trabajadores cuyo derecho a la seguridad social se encuentre vulnerado.
- Fortalecimiento del sistema de seguridad social.

Desventajas:

- Incompatibilidad con principios de mínima intervención penal, ultima ratio, y todo el sistema de derecho penal mínimo que consagra la Constitución y la Ley.
- Exageración en la adopción de medidas penales, toda vez que existía la opción de perseguir y viabilizar el mismo fin utilizando otro tipo de mecanismos, o reforzando los mecanismos preexistentes.
- Desgaste innecesario del sistema judicial penal por causas de falta de afiliación en razón del punto anterior.

- Recortes o mínima contratación de personal de los empleadores por la razón expuesta previamente, o por simple ahorro pecuniario.

3.3. Conclusiones Finales, Críticas y Recomendaciones

La falta de afiliación al seguro social establecida como infracción penal en el COIP, es un cambio que se originó de una serie de fundamentos válidos, que se han podido revisar, analizar detenidamente y que es evidente que se podrá percibir desde la actualidad algunos efectos positivos a partir de la adopción de este mecanismo. Pero también se ha podido señalar la inobservancia de otros aspectos que quizás estén contrapuestos a esta situación, empezando por la falta de análisis y aplicación de alternativas extrapenales que persigan los mismos objetivos, antes de recurrir como último recurso al derecho penal. Esto es lo que genera un desequilibrio entre cómo se dieron los hechos que generaron la criminalización de esta la conducta y la compatibilidad con las normas penales que la tipifican.

De todo lo dicho y del estudio realizado en los diferentes puntos que se han desarrollado, debo finalizar poniendo en consideración las siguientes críticas y recomendaciones:

- Cuando me referí a la consulta popular mediante la cual el pueblo ecuatoriano aprobó la criminalización de la falta de afiliación, como un medio legitimizador de medidas, pudimos evidenciar que dicha legitimidad no siempre se va a cumplir a través de esta herramienta de participación popular, toda vez que se pueden producir ciertas circunstancias que vicien la voluntad ciudadana, como la manipulación política, la falta de conocimiento popular sobre la materia de consulta, la propaganda desmedida e inequitativa entre las partes interesadas en realizar la campaña y la socialización de las propuestas, entre otras. Sin embargo, se señaló que la formalización de la criminalización se dio correctamente a través del procedimiento legislativo previsto en el ordenamiento jurídico, lo que dejaba intacta la legalidad de la infracción impuesta. No obstante, considero un motivo de preocupación el hecho de que

se hayan dado alguna de las irregularidades mencionadas como una iniciativa que más tarde desembocó en la ley.

- La falta de afiliación al seguro social por parte de un empleador a un trabajador, es un tipo penal de comisión por omisión, doloso, que contiene los elementos de la infracción penal han establecido las doctrinas de la escuela finalista.
- Existe una dificultad técnica - jurídica al analizar la conducta penal dentro de este tipo, pues hablamos de una comisión por omisión y admitimos esta modalidad para el desarrollo del análisis cuando la conducta per se no contiene todos los elementos que establecen los tratados y la doctrina que configuran esta figura.

Nos basamos en la posición de garante que tiene el empleador frente al trabajador y su seguridad social para tomar adoptar esta modalidad omisiva, pero se debe tener en cuenta que al ser una omisión tipificada de manera directa y cuyo resultado no se establece expresamente en la norma, corresponde más a una omisión propia que castiga la conducta como una mera actividad mas no por la consecuencia de la misma.

En la falta de afiliación existe un peligro a bienes jurídicos y también, aunque no aparece expreso en el tipo, hay un resultado permanente que es la afectación al trabajador en poder obtener los beneficios del seguro social en razón del tiempo y número de aportes que definen las prestaciones de las que es beneficiario; dicho resultado no se tiene que establecer de manera expresa para que se cumpla y esto es otra razón por la que se decidió adoptar la conducta omisiva impropia al presente caso.

Sin embargo, de toda esta situación, se puede evidenciar un vacío en la técnica legislativa al establecer estos tipos penales ya que no se ajusta claramente a

los preceptos marcados por la teoría del delito, por lo que se debe realizar una rectificación de las normas y ajustarlas a la ciencia penal, para así inclusive facilitar el ejercicio y la interpretación de jueces, abogados y ciudadanos en general.

- Al mencionar la posibilidad de presencia de un error de tipo cuando se habló sobre tipicidad de la infracción, se pudo dejar en evidencia que el tipo que es únicamente doloso como el caso de la falta de afiliación y que no admite culpa, puede ser atípico no solo frente al error invencible sino que también ante un error vencible puesto que la doctrina considera al segundo como un indicador de culpa. Entonces al no estar tipificada la falta de afiliación como una infracción culposa, un error de tipo que sea vencible acarrea impunidad.
- En lo referente a la contravención de falta de afiliación, es preciso dejar en evidencia en el ámbito procesal, que al someterse a un procedimiento expedito, solo podrá ser procesado y juzgado a petición de parte. Esto implica que si no existe tal denuncia, la autoridad no podría hacer absolutamente nada para procesar por la vía penal a la infracción, por lo que estaría sujeta a la prescripción de la misma para que llegue a la impunidad.
- Independientemente del tratamiento penal para esta conducta, está vigente la tradicional vía administrativa para reclamos, multas y sanciones por incumplimiento de afiliación de empleadores a trabajadores, por lo que se pueden presentar problemas a la hora de concurrir una denuncia por las dos vías. Si bien al seguir un procedimiento administrativo se puede llegar a sancionar y cobrar los aportes adeudados por el empleador y con el pago del mismo quedaría subsanada la infracción penal, también puede darse el caso de que se prive de libertad al infractor y que cumpliendo la pena, este siga con la deuda ante el IESS; esta situación nos demuestra que el fin que realmente se persigue es el del cobro de lo adeudado. Así mismo, deja en evidencia la sobrecarga punitiva desproporcionada que existe en contra del empleador.

- La conclusión anterior, deja también en evidencia que, al ser el fin económico el evidentemente perseguido por la administración, esta figura punitiva se asemejaría a la retrógrada y ya derogada prisión por deudas, siempre que las causas de la falta de afiliación no sea con fines fraudulentos tipificados en otras infracciones del COIP.
- Cabe hacerse el siguiente cuestionamiento: ¿Fue la adopción de esta medida perseguida con los objetivos válidos y beneficiosos revisados en el presente trabajo, o este afán perseguía también fines económicos, liquidez y manejo de una mayor cantidad fondos para satisfacer necesidades de carácter pecuniario que posee la administración? Al fin y al cabo el dinero de las aportaciones pertenece a todos los afiliados pero a la vez es un ingreso para el IESS que hace posible el cumplimiento de sus obligaciones.

Finalmente, hay que mencionar y destacar que en la revisión y debate del proyecto de ley del COIP, la Asamblea Nacional tuvo un acierto importante al tipificar la falta de afiliación tanto en el caso del artículo 243 como en el 244, el mismo que de alguna manera se ajustó mejor a la realidad y a los principios que no se obedecen del todo bien según lo que he determinado. Esto tiene que ver con la reducción notable de las penas propuestas inicialmente, cuestión que inclusive no fue acogida por el Presidente de la República en la objeción parcial y que pese a esto, el legislativo mantuvo su posición y no se allanó al veto. Además los legisladores redujeron en gran medida la aplicación total de esta medida al crear posibilidad de que el empleador dentro de un plazo realice el pago de todas las aportaciones adeudadas por causa de la falta de afiliación, para que de esta manera no se proceda con la ejecución de la medida penal.

BIBLIOGRAFÍA:

Textos y Revistas.-

- Abarca Galeas, Luis Humberto, El Estado Constitucional de Derecho y Justicia Social, Editorial Jurídica del Ecuador, Primera Edición, Quito – 2013.
- Araujo Granda, M. Paulina, CONSULTOR PENAL – COIP – Flujogramas Prácticos de Procesos, Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), Quito 2014.
- Araujo Granda, M. Paulina, Derecho Penal Económico, Los Delitos Socioeconómicos en la Legislación Ecuatoriana, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010.
- Araujo, Paulina, Análisis del sentido y alcance de la técnica legislativa y las nuevas formas de criminalidad en el Ecuador, Ratio Decidendi, Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2012.
- Armin Kaufmann, Normentheorie, pp. 160 ss; véase *Hirsch*, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre
- Ávila Santamaría, Ramiro, El neoconstitucionalismo transformador, El estado y el derecho en la Constitución 2008, Quito, 2011.
- Benda, Ernesto “El estado social de derecho”m eb VV.AA. Manual de derecho constitucional, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- Cabanellas de Torres Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental – 19ª. ed. – Buenos Aires – Heliasta.
- Carbonell, Miguel, Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales, editora jurídica Cevallos, Quito – 2010.
- Cuervo Pontón, Luis Enrique, Política Criminal, Trabajo de Grado Presentado para optar al título de Abogado, Pontificia Universidad Javeriana.
- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal, Tomo Primero, Parte General, Segunda edición revisada y actualizada, Editora Nacional Gabriela Mistral, Santiago de Chile 1976.
- Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón, 9a ed., Madrid, Trotta, 2009.

- Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón, 2ª ed., Madrid, Trotta, 1997.
- García Falconí, Ramiro “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, 2da edición, Quito, Latitud Cero Editores, 2014.
- García Falconí, Ramiro J., Código Orgánico Integral Penal Comentado, 1ra ed, Tomo I, Ara Editores, impreso en Perú, 2014.
- García Martín, Luis, Fundamentos del Sistema del Derecho Penal, Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2011.
- Jaén Vallejo Manuel, Nuevas conductas delictivas: especial referencia al Derecho penal económico, artículo publicado en “Nuevas tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa”, Perú, ARA Editores, 2005.
- Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal. Parte General, 5ta ed., traducción al español de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002.
- Mir Puig, Santiago, Protección Penal de los Derechos de los Trabajadores, editorial IB de f, Buenos Aires, 2009.
- Monesterolo Lencioni, Graciela, Instituciones de Derecho Laboral Individual, Tercera Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2010.
- Moreno Yanes, Jorge, Elementos de Derecho Electoral Ecuatoriano, Tribunal Contencioso Electoral, Primera Edición, Quito – 2010.
- Moro, Aldo, L'Antigiuridictá Penale, Gaetano Priulla Editore, Palermo, 1947.
- Perez Pinzón, Álvaro Orlando, Introducción al Derecho Penal, 7ª ed. – Bogotá: Editorial Temis, 2009.
- Petrocelli Biagio, L'Antigiuridictá. C.E.D.A.M., Padua, 1951
- Ponce Villacís, Juan Esteban, El Neoconstitucionalismo en el Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010.
- Reyes Rodríguez Mondragón, El Proceso de Producción Legislativa, un Procedimiento de Diseño Institucional, Elementos de la Técnica Legislativa – Miguel Carbonell - SUSANA THALÍA PEDROZA DE LA LLAVE, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000.
- Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, Nuevo Derecho de la Seguridad Social, Segunda edición, Editorial Porrúa, México – 1997.

- Salgado Pesantes, Hernán, Democracia y Participación Política en un Estado Social de Derecho, Nuevos Retos del Constitucionalismo Ecuatoriano: Democracia, Garantías y Derechos, 1ra edición, AED, Quito 2011.
- Trujillo, Julio Cesar, Teoría del Estado en el Ecuador, 2da de, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, Quito, 2006
- Zabala Egas, Xavier, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Notas al Anteproyecto de Código Penal Integral, Revista Ruptura No. 55, 1ra ed., Quito – 2012, Pág. 217
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Estructura Básica del Derecho Penal, ^a ed.- Buenos Aires: Ediar, 2009.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte General II, Ediar, Buenos Aires 1987.
- Zaidán, Salim, ¿Neoconstitucionalismo en el Ecuador?, Revista Ruptura N.- 54, Editora Jurídica Cevallos, Quito – 2011.

Web:

- Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, Principio de oportunidad y mínima intervención penal, Última actualización: viernes 08 de noviembre del 2013 | 15:18, Véase en: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2013/10/21/principio-de-oportunidad-y-minima-intervencion-penal>.
- Alberto Acosta, CONSTRUIR EL BUEN VIVIR – SUMAK KAWSAY, <http://lalineadefuego.info/2013/01/08/construir-el-buen-vivir-sumak-kawsay-por-alberto-acosta/>.
- Boderó, Edmundo René, El post finalismo, Sublimación de la política criminal y el control social, véase en: http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&sqi=2&ved=0CDAQFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.alfonsozambrano.com%2Fdoctrina_penal%2Fpostfinalismo.doc&ei=dEX3VKnpEMyyggSJgYK4Bg&usg=AFQjCNGorU-NLP-Pjh7PxUQbvU7cmFt7nw&sig2=sGARItbHxEdTCpcvUYJw-g&bvm=bv.87519884,d.eXY.
- Derechos de Segunda Generación o Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

- véase en Internet: <http://www.cubaencuentro.com/derechos-humanos/clasificacion-y-caracteristicas/clasificacion/derechos-de-segunda-generacion-o-derechos-economicos-sociales-y-culturales>.
- Dr. Miguel Valarezo Tenorio, La Proporcionalidad entre Penas y Delitos, véase en:
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2013/11/28/proporcionalidad-entre-penas-y-delitos>, ingreso: 7 de mayo del 2014.
 - Estela Milagros Ferreiró, El Derecho Penal del Trabajo, Presidenta de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral (SADL), Pág. 1, véase en internet:
http://www.adapt.it/boletinespanol/docs/ar_ferreiros_derecho_penal.pdf.
 - Jimena Sasso, La Seguridad Social en el Ecuador, Historia y Cifras, Programa de Políticas Públicas – FLACSO-Ecuador, véase en internet:
<http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/2881#.VwdwBF237tQ>, visita: 28 de mayo de 2015
 - Juan M. Terradillos Basoco (Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Cádiz), Derecho Penal del Trabajo, Revista Penal, véase en Internet:
<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/16/16>.
 - Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. <http://www.buenvivir.gob.ec/>.
 - Proyecto de ley al: Código Orgánico Integral Penal. <http://documentacion.asambleanacional.gov.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/233c7e51-a5a7-4c0e-a848-79e6ead28a9c/Ley%20del%20Código%20Orgánico%20Integral%20Penal>.
 - Ramiro J. García Falconí, La teoría del error en el nuevo Código Penal, Artículo Diario el Universo del 9 de junio de 2014, Véase en Internet:
<http://www.eluniverso.com/opinion/2014/06/09/nota/3079436/teoria-error-nuevo-codigo-penal>, Visita el 8 de mayo del 2015.
 - Rodolfo MORENO CRUZ, EL MODELO GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI. LINEAMIENTOS GENERALES, disponible en:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/120/art/art6.htm>
 - Silva Ormeño, Miguel Ángel, EL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA

REALIDAD, véase en internet:
<http://www.derechoycambiosocial.com/revista014/primacia%20de%20la%20realidad.htm>.

- www.oit.org.pe/spanish/.../oitreg/plataforma_editad_3def.doc, ingreso el 10 de marzo del 2014

Legislación, Jurisprudencia e Instrumentos Legales:

- Código Civil
- Código de la Democracia.
- Código de la Niñez y Adolescencia
- Código de Procedimiento Penal derogado con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal.
- Código del Trabajo
- Código Orgánico de la Función Judicial.
- Código Penal de España
- Constitución de la República del Ecuador.
- Convención Interamericana de los Derechos Humanos.
- Convenio Dictamen de la Corte Constitucional publicado en el Registro Oficial Suplemente 602 del 1 de junio del 2009.
- Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952.
- Fallo del Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichinhca, juicio No. 334-2013, Publicado en la Gaceta Judicial 13, 12 de marzo del 2013.
- Fallo Corte Constitucional, Recurso Extraordinario de Protección 84, Registro Oficial Suplemento 130 de 25 de Noviembre del 2013.
- Ley de Seguridad Social
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional
- Objeción parcial del Presidente de la República Rafael Correa a la aprobación del Proyecto de Ley COIP, Oficio No. T.6136-SGJ- 14-46 del 16 de enero del 2014, dirigido a la Presidenta de la Asamblea Nacional.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales, Civiles y Políticos. Registro Oficial 101 del 24 de enero de 1969.
- Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.
- Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

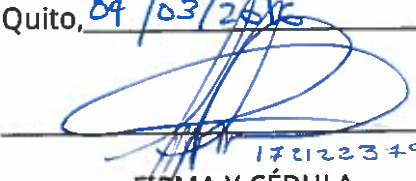
DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Juan José Peña Medina, C.I. 1721223798 autor del trabajo de graduación intitulado: "La Falta de Afiliación al Sistema de Seguridad Social como Infracción Penal", previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 04/03/2015



1721223798

FIRMA Y CÉDULA



REPUBLICA DEL ECUADOR
 DIRECCION GENERAL DE REGISTRO CIVIL
 IDENTIFICACION Y CEDULACION



CEDULA DE CIUDADANIA No 172122379-8

PENA MEDINA JUAN JOSE
 PICHINCHA/QUITO/BENALCAZAR
 24 AGOSTO 1990
 REG CIVIL 002- 0372 00844 M
 PICHINCHA/ RUMINAHUI
 SANGOLQUI 1990




 FIRMA DEL CEDULADO

ECUATORIANA***** E233313222

SOLTERO IND. DACT.

SECUNDARIA ESTUDIANTE

RODRIGO JOSE PENA MUÑOZ PROF. OCUP.

MARIA LORENA MEDINA PROANO
 RUMINAHUI 20/12/2011
 20/12/2023
 FECHA DE CADUCIDAD

FORMA No REN 4123735




 PULGAR DERECHO